



Datum van inontvangstneming : 19/04/2022

Zaak C-192/22

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

11 maart 2022

Verwijzende rechter:

Bundesarbeitsgericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 oktober 2021

Verzoeker, appellant en verzoeker tot *Revision*:

FI

Verweerster, geïntimeerde en verweerster in *Revision*:

Bayerische Motoren Werke AG

BUNDESARBEITSGERICHT

[OMISSIS]

BESLISSING

[OMISSIS]

In de zaak

FI

verzoeker, appellant en verzoeker tot *Revision*,

[OMISSIS]

Bayerische Motoren Werke AG

verweerster, geïntimeerde en verweerster in *Revision*,

heeft de negende Senat van het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland; hierna: „BAG”) naar aanleiding van de beraadslaging van 12 oktober 2021 [OMISSIS] beslist:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”) verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Verzet artikel 7 van richtlijn 2003/88/EG of artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zich tegen de uitlegging van een nationale regeling als § 7, lid 3, van het Bundesurlaubsgesetz (federale wet inzake vakantie), volgens welke het tot dusver niet uitgeoefende recht van een werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat in de arbeidsfase van een dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers is verworven, in de vrijstellingsfase aan het einde van het vakantiejaar of op een later tijdstip vervalt?

Ingeval het Hof de vraag ontkennend beantwoordt:

2. Verzet artikel 7 van richtlijn 2003/88/EG of artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zich tegen de uitlegging van een nationale regeling als § 7, lid 3, van het Bundesurlaubsgesetz, volgens welke het tot dusver niet uitgeoefende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van een werknemer die in de loop van het vakantiejaar overgaat van de arbeidsfase naar de vrijstellingsfase van een dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers, aan het einde van het vakantiejaar of op een later tijdstip vervalt, wanneer de werkgever – zonder eerst zijn verplichtingen te zijn nagekomen om mee te werken aan de verwezenlijking van het recht op vakantie – de werknemer de gehele jaarlijkse vakantie overeenkomstig de aanvraag voor een periode onmiddellijk voorafgaand aan de aanvang van de vrijstellingsfase heeft toegekend, maar de werknemer het recht op vakantie, althans gedeeltelijk, niet heeft kunnen uitoefenen omdat hij na de toekenning van de vakantie arbeidsongeschikt is geworden?

Motivering

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: „richtlijn 2003/88”) en artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).

A. Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

- 2 Verzoeker vordert van verweerster onder andere een vergoeding voor 2 ⅔ wettelijke vakantiedagen uit 2016.
- 3 Verzoeker was van 7 januari 1986 tot en met 30 september 2019 bij verweerster in dienst. Bij overeenkomst van 5 december 2012 zijn de partijen overeengekomen hun arbeidsverhouding voort te zetten als een dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers volgens de tweefasenformule [waarbij een „arbeidsfase” met volledige (of in elk geval meer dan halftijdse) arbeidstijd wordt gevolgd door een „vrijstellingsfase”. Vervolgens zijn de partijen een arbeidsfase van 1 februari 2013 tot en met 31 mei 2016 en een vrijstellingsfase van 1 juni 2016 tot en met 30 september 2019 overeengekomen. Naar aanleiding van een overeenkomstige aanvraag van verzoeker heeft verweerster hem voor de periode van 4 tot en met 25 mei 2016 13 werkdagen en dus het volledige aantal vakantiedagen voor het jaar 2016 toegekend. In de periode van 11 tot en met 31 mei 2016 is verzoeker wegens ziekte arbeidsongeschikt geweest. Verweerster had hem niet eerder uitgenodigd zijn vakantie op te nemen en had hem er evenmin op gewezen dat niet-aangevraagde vakantie aan het einde van het kalenderjaar of de overdrachtsperiode kan vervallen.
- 4 Met zijn beroep vordert verzoeker onder andere de vergoeding van 2 ⅔ dagen van de wettelijke minimumvakantie. Volgens hem is de vakantie niet vervallen omdat verweerster heeft nagelaten hem er tijdig op te wijzen dat deze dreigde te vervallen. Verweerster stelde dat het recht op vakantie uit 2016 eind 31 maart 2017 is vervallen.
- 5 De lagere rechters hebben de vordering afgewezen. Met zijn beroep in *Revision* handhaaft verzoeker zijn vordering.

B. Toepasselijk nationaal recht

- 6 Het Bundesurlaubsgesetz (wet inzake het recht van werknemers op vakantie; hierna: „BUrIG”), dat op de arbeidsverhouding van partijen van toepassing is, bepaalt onder andere:

„§ 7

Tijdstip, overdraagbaarheid en uitbetaling van de 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. Vakantie die door de werknemer wordt aangevraagd met het oog op een preventieve medische behandeling of revalidatie, moet hem worden toegekend.

- (2) [...]
- (3) De vakantie moet in het lopende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen. Zij kan enkel naar het volgende kalenderjaar worden overgedragen indien dringende bedrijfsbelangen of met de werknemer verband houdende redenen dit rechtvaardigen. In geval van overdracht moet de vakantie in de eerste drie maanden van het volgende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen. Op verzoek van de werknemer wordt de overeenkomstig § 5, lid 1, onder a), verworven gedeeltelijke vakantie evenwel overgedragen naar het volgende kalenderjaar.
- (4) Indien de vakantie wegens beëindiging van het dienstverband niet meer of niet meer volledig kan worden toegekend, wordt zij uitbetaald.”

C. Relevante bepalingen van Unierecht

- 7 Richtlijn 2003/88 bevat onder meer de volgende bepalingen:

„Artikel 7

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.”

- 8 In het Handvest is onder meer te lezen:

„Artikel 31

Rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en -voorwaarden

[...]

2. Iedere werknemer heeft recht op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon.”

D. Nationale rechtspraak

- 9 I. Voor het wettelijke minimumaantal vakantiedagen geldt overeenkomstig §§ 1 en 3, lid 1, BUrlG het kalenderjaar als vakantiejaar en moeten deze vakantiedagen overeenkomstig § 7, lid 3, eerste volzin, BUrlG in het lopende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen. De vakantie kan overeenkomstig § 7, lid 3, tweede volzin, BUrlG enkel worden overgedragen naar het volgende kalenderjaar indien dringende bedrijfsbelangen of redenen die in de persoonlijke sfeer van de werknemer liggen dit rechtvaardigen. In geval van overdracht moet de vakantie overeenkomstig § 7, lid 3, derde volzin, BUrlG in beginsel in de eerste drie maanden van het volgende kalenderjaar worden toegekend en opgenomen; zo niet, dan komt deze overeenkomstig te vervallen. Sinds het verstrijken van de termijn voor de omzetting van de eerste arbeidstijdenrichtlijn 93/104/EG op 23 november 1996 dient bij de uitlegging en toepassing van § 7, lid 3, BUrlG rekening te worden gehouden met het Unierecht. Het begrip van de bepaling hangt derhalve af van de uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2003/88 en artikel 31, lid 2, van het Handvest. Het BAG heeft de bepalingen van het BUrlG met inachtneming van de beslissingen van het Hof tot dusver met betrekking tot twee aspecten richtlijnconform uitgelegd:
- 10 1. In aansluiting op de uitspraak van het Hof van 6 november 2018 (█ █ █ █ Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874) over artikel 7 van richtlijn 2003/88 en artikel 31, lid 2, van het Handvest, heeft het BAG erkend dat het recht op het wettelijke minimumaantal vakantiedagen, indien § 7 BUrlG wordt uitgelegd in overeenstemming met artikel 7 van richtlijn 2003/88, in beginsel alleen dan aan het einde van het kalenderjaar (§ 7, lid 3, eerste volzin, BUrlG) of van een toegestane overdrachtsperiode (§ 7, lid 3, tweede en vierde volzin, BUrlG) komt te vervallen wanneer de werkgever de werknemer vooraf in staat heeft gesteld zijn recht op vakantie uit te oefenen en de werknemer de vakantie desondanks vrijwillig niet heeft opgenomen.
- 11 a) Bij een richtlijnconforme uitlegging van § 7, lid 1, eerste volzin, BUrlG moet de werkgever het initiatief voor de verwezenlijking van het recht op vakantie nemen. Voor de beperking van het recht op vakantie overeenkomstig § 7, lid 3, BUrlG is in beginsel vereist dat de werkgever er concreet en in alle transparantie voor zorgt dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen. Daartoe moet hij de werknemer – zo nodig formeel – uitnodigen om zijn vakantie op te nemen en hem duidelijk en op tijd mededelen dat de vakantie, wanneer hij deze niet aanvraagt, aan het einde van het kalenderjaar of de overdrachtsperiode komt te vervallen (arrest BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 423/16, punten 39 e.v., BAGE 165, 376). Bovendien mag de werkgever, voor zover hij zijn medewerkingsverplichtingen wil nakomen, de werknemer op geen enkele andere wijze beletten om de vakantie op te nemen (arrest Hof van 29 november 2017, █ █ █ █ C-214/16, EU:C:2017/914, punten 37 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak en punt 65, en arrest BAG van 21 mei 2019, 9 AZR 579/16, punt 50).

- 12 b) Indien de werkgever zijn medewerkingsverplichtingen niet is nagekomen, wordt de op 31 december van het vakantiejaar niet vervallen vakantie opgeteld bij het recht op vakantie dat ontstaat op 1 januari van het daaropvolgende jaar. Hierop zijn, net zoals op het nieuw ontstane recht op vakantie, § 7, lid 1, eerste volzin, en lid 3, BUrIG van toepassing. De werkgever kan derhalve de onbeperkte cumulatie van vakantierechten uit verschillende jaren vermijden door zijn medewerkingsverplichtingen voor de vakantie uit vroegere vakantiejaar in het lopende vakantiejaar in te halen. Indien de werknemer in een dergelijk geval de opgebouwde vakantiedagen niet in het lopende vakantiejaar opneemt hoewel dit voor hem mogelijk zou zijn geweest, vervalt de vakantie aan het einde van het kalenderjaar of van een (toegestane) overdrachtsperiode (zie, in beginsel, arrest BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 423/16, punt 44, BAGE 165, 376).
- 13 2. Het BAG heeft bovendien, met inachtneming van de beslissingen van het Hof van 20 januari 2009 (■■■■■ e.a., C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punten 43 en 49) en 22 november 2011 (KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, punten 28, 38 en 44; bevestigd door arresten Hof van 29 november 2017, ■■■■■ C-214/16, EU:C:2017:914, punten 55 e.v., en recentelijk van 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca SpA, C- 762/18 en C- 37/19, EU:C:2020:504, punten 71 e.v.), geoordeeld dat de wettelijke vakantie op grond van § 7, lid 3, BUrIG niet komt te vervallen wanneer de werknemer tot en met het einde van het vakantiejaar en/of de overdrachtsperiode vanwege ziekte arbeidsongeschikt is en om die reden de vakantie niet kan opnemen. Het behouden recht op vakantie wordt in dit geval opgeteld bij het in het jaar daarop opgebouwde recht op vakantie en is daarmee opnieuw onderworpen aan de regeling van § 7 lid 3, BUrIG (zie, in beginsel, arrest BAG van 7 augustus 2012, 9 AZR 353/10, punten 23 en 32 e.v., BAGE 142, 371).
- 14 II. Het BAG gaat er net zoals het Hof van uit dat een verval van vakantierechten in gevallen waarin het voor de werknemer niet mogelijk was de vakantie op te nemen, slechts bij wijze van uitzondering kan worden overwogen, wanneer er sprake is van specifieke omstandigheden die het verval van de vakantie rechtvaardigen (zie arresten Hof van 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca SpA, C- 762/18 en C- 37/19, EU:C:2020:504, punten 73 e.v., en arrest BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 321/16, punten 55 e.v.). Volgens de rechtspraak van de Senat is er in beginsel geen sprake van dergelijke specifieke omstandigheden wanneer de werknemer zijn vakantie niet heeft kunnen opnemen omdat de werkgever zijn verplichtingen niet is nagekomen om de werknemer te wijzen op zijn vakantie en hem uit te nodigen deze op te nemen (arrest BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 423/16, punten 39 e.v., BAGE 165, 376), of omdat hij de werknemer anderszins heeft belet om zijn recht op vakantie uit te oefenen (zie met name arresten BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 321/16, punten 55 e.v.; 21 mei 2019, 9 AZR 579/16, punt 50, en 22 oktober 2019, 9 AZR 98/19, punt 28). Volgens de rechtspraak van het Hof kan de cumulatie van rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van een werknemer die gedurende meerdere opeenvolgende referentieperiodes

arbeidsongeschikt is, echter worden beperkt, wanneer nationale bepalingen of gebruiken voorzien in een overdrachtsperiode van 15 maanden, waarna het recht op vakantie met behoud van loon vervalt (recentelijk arrest Hof van 25 juni 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria en Iccrea Banca SpA, C- 762/18 en C- 37/19, EU:C:2020:504, punten 71 e.v.). Bij een richtlijnconforme uitlegging van § 7, lid 3, BUrlG vervalt de vakantie bijgevolg bij voortdurende arbeidsongeschiktheid 15 maanden na afloop van het vakantiejaar (zie arrest BAG van 18 maart 2014, 9 AZR 669/12, punt 14).

E. Noodzaak van een beslissing van het Hof en toelichting bij de prejudiciële vragen

- 15 Gelet op het voorgaande moet het Hof met het oog op de beslechting van het geding verduidelijken of het Unierecht ook toestaat dat het recht op vakantie na afloop van het vakantiejaar of, in voorkomend geval, van een langere periode vervalt, wanneer de werknemer van de arbeidsfase naar de vrijstellingsfase van zijn dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers overgaat zonder zijn vakantie uit hetzelfde kalenderjaar – volledig – te hebben opgenomen. De vraag is met name of het Unierecht zich tegen het verval verzet wanneer de werkgever zijn verplichtingen ten opzichte van de werknemer om hem te wijzen op zijn vakantie en hem uit te nodigen deze op te nemen, niet is nagekomen, maar de werkgever de werknemer de nog resterende vakantie overeenkomstig de aanvraag heeft toegekend en de werknemer het recht op vakantie alleen niet – volledig – heeft kunnen uitoefenen omdat hij na de toekenning van de vakantie vanwege ziekte arbeidsongeschikt is geworden. De Senat kan hierover geen uitspraak doen zonder zich tot het Hof te wenden, dat krachtens artikel 267 VWEU belast is met de bindende uitlegging van het Unierecht.

I. Toelichting op de eerste prejudiciële vraag

- 16 1. De Senat vraagt zich in eerste instantie af of artikel 7 van richtlijn 2003/88 of artikel 31, lid 2, van het Handvest zich verzet tegen de uitlegging van een nationale regeling als § 7, lid 3, BUrlG, volgens welke het tot dusver niet uitgeoefende recht van een werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat in de arbeidsfase van een dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers is verworven, in de vrijstellingsfase aan het einde van het vakantiejaar of op een later tijdstip vervalt.
- 17 2. Het Hof heeft zijn rechtspraak dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan nationale bepalingen of gebruiken die de cumulatie van rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van een gedurende meerdere opeenvolgende referentieperiodes arbeidsongeschikte werknemer beperken door middel van een overdrachtsperiode van 15 maanden, er vooral op gebaseerd dat de werkgever moet worden beschermd tegen het gevaar van een te grote cumulatie van perioden van afwezigheid en tegen de moeilijkheden die hieruit kunnen voortvloeien voor de

arbeidsorganisatie (zie, in beginsel, arrest Hof van 22 november 2011, KHS, C-214/20, EU:C:2011:761, punt 39, en arrest Hof van 29 november 2017, ██████, C- 214/16, EU:C:2017:914, punt 55). In situaties waarin gebruik wordt gemaakt van een zogenoemde tweefasenformule, waarbij een werknemer enkel tijdens de zogenoemde arbeidsfase werkt en tijdens de daaropvolgende vrijstellingsfase van de verplichting om arbeid te verrichten is vrijgesteld, rechtvaardigen volgens de Senat alleen deze overwegingen het verval van de vakantie niet.

- 18 a) Nadat een werknemer van de arbeidsfase naar de vrijstellingsfase van een dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers is overgegaan, opbouwt hij geen vakantie meer op. Volgens de rechtspraak van het BAG heeft de werknemer voor de vrijstellingsfase geen wettelijk recht op vakantie, ongeacht de duur ervan (zie arrest BAG van 24 september 2019, 9 AZR 481/18, punt 26, BAGE 168, 70).
- 19 b) In het onderhavige geval is er geen sprake van moeilijkheden die uit de latere toekenning van de vakantie kunnen voortvloeien. Wanneer de werknemer de arbeidsfase heeft voltooid, is hij volgens de wet niet meer in staat om zijn vakantie vóór de beëindiging van het dienstverband daadwerkelijk op te nemen. Aangezien de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers tijdens de vrijstellingsfase is vrijgesteld van de verplichting om arbeid te verrichten, bestaat er geen verplichting om gedurende deze periode te werken waarvan de werkgever de werknemer zou kunnen ontslaan door het toekennen van vakantie (zie arrest BAG van 24 september 2019, 9 AZR 481/18, punt 50, BAGE 168, 70).
- 20 c) Indien de vakantie uit de arbeidsfase die in de vrijstellingsfase niet meer kan worden opgenomen, niet op grond van de nationale bepalingen of gebruiken aan het einde van het vakantiejaar of de overgangperiode vervalt, zou deze bij de beëindiging van het dienstverband moeten worden uitbetaald.
- 21 3. Ondanks deze overwegingen neigt de Senat ertoe aan te nemen dat er door de arbeidsovereenkomst voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers sprake is van specifieke omstandigheden op grond waarvan de vakantie na afloop van het vakantiejaar, waarin de arbeidsfase eindigt en de vakantie had kunnen worden opgenomen, of van de relevante overdrachtsperiode overeenkomstig § 7, lid 3, BUrtG kan vervallen. Dit geldt in ieder geval wanneer de werkgever zijn verplichtingen om medewerking te verlenen aan het toekennen en opnemen van de vakantie, is nagekomen door de werknemer – zo nodig formeel – uit te nodigen zijn vakantie vóór het einde van de arbeidsfase op te nemen en hem duidelijk en op tijd mee te delen dat de vakantie in de vrijstellingsfase, wanneer hij deze tijdig niet aanvraagt, aan het einde van het kalenderjaar of de overdrachtsperiode komt te vervallen.
- 22 a) Bij het sluiten van een dergelijke overeenkomst bepalen de partijen in de uitoefening van hun contractvrijheid de periode waarbinnen de werknemer vakantie kan worden toegekend. De vrijstellingsovereenkomst, die integraal deel

uitmaakt van een overeenkomst voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers, was in casu ook de enige reden waarom verweerster niet in staat was om verzoeker vakantie toe te kennen, nadat hij hersteld was.

- 23 b) Bij de afweging van de tegenstrijdige belangen moet ook in aanmerking worden genomen dat de werknemer in de regel kan voorkomen dat het in de arbeidsfase verworven recht op vakantie vervalt door de vakantie daadwerkelijk vóór het begin van de vrijstellingsfase op te nemen.
- 24 c) Ten slotte maakt alleen de veronderstelling dat het wettelijke minimumaantal vakantiedagen ongeacht de bijzondere kenmerken van het dienstverband voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers vervalt, een consistente verdere ontwikkeling van de door het Unierecht beheerste vervalbepalingen van § 7, leden 1 en 3, BUrlG mogelijk. Indien het Unierecht zich tegen het verval van rechten op vakantie tijdens de vrijstellingsfase verzet, zouden oudere werknemers die in deeltijd werken en wier arbeidsovereenkomst voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers in een vrijstellingsfase voorziet die meer dan 15 maanden na het einde van het kalenderjaar eindigt waarin de overgang van de arbeidsfase naar de vrijstellingsfase plaatsvindt, ten opzichte van werknemers worden bevoordeeld wier vakantie-rechten wegens blijvende ziekte op 31 maart van het tweede jaar dat op het vakantiejaar volgt, zouden vervallen. Dit zou tot een tegenstrijdigheid bij de beoordeling leiden, aangezien werknemers die niet verantwoordelijk zijn voor de belemmering van de uitoefening in de vorm van arbeidsongeschiktheid, in een slechtere positie zouden verkeren dan oudere werknemers die in deeltijd werken en de belemmering van de uitoefening in aanzienlijke mate zelf hebben veroorzaakt door een overeenkomst voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers te sluiten.
- 25 4. De aan het Hof gestelde vraag is relevant voor de beslechting van het geding. Indien het Unierecht zich ertegen verzet dat de in de vrijstellingsfase ontstane vakantie-rechten in de vrijstellingsfase vervallen, zou verzoekers beroep in *Revision* gegrond zijn. Zijn recht op vakantie voor 2016 zou niet vóór de beëindiging van het dienstverband op 30 september 2019 zijn vervallen en de vakantiedagen zouden bijgevolg op grond van § 7, lid 4, BUrlG door verweerster moeten worden uitbetaald. Indien het Unierecht daarentegen een verval toestaat, zou het slagen van het beroep in *Revision* afhangen van de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag.

III. Toelichting op de tweede prejudiciële vraag

- 26 Indien het Hof de eerste prejudiciële vraag ontkennend beantwoordt, rijst in casu de vraag of artikel 7 van richtlijn 2003/88 of artikel 31, lid 2, van het Handvest zich in de in de eerste vraag genoemde omstandigheden verzet tegen de uitlegging van een nationale regeling als § 7, lid 3, BUrlG, volgens welke in de geschetste situatie het tot dusver niet uitgeoefende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon aan het einde van het vakantiejaar of op een later tijdstip vervalt, indien

de werkgever – zonder eerst zijn verplichtingen te zijn nagekomen om mee te werken aan de verwezenlijking van het recht op vakantie – de werknemer de gehele jaarlijkse vakantie overeenkomstig de aanvraag voor een periode onmiddellijk voorafgaand aan de aanvang van de vrijstellingsfase heeft toegekend, maar de werknemer het recht op vakantie, althans gedeeltelijk, niet heeft kunnen uitoefenen omdat hij na de toekenning van de vakantie arbeidsongeschikt is geworden.

- 27 1. Het doel van de medewerkingsverplichtingen is de werknemer in staat te stellen vrijelijk met volledige kennis van zaken te beslissen of en in welke periode hij zijn vakantie opneemt (zie arrest BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 423/16, punt 40, BAGE 165, 376). De tijdige nakoming ervan waarborgt dat de werknemer gebruik kan maken van de door de vakantiewet met § 7, lid 1, eerste volzin, BUrlG beoogde beslissingsmogelijkheid met betrekking tot de periode waarin hij vakantie wil nemen, en vanaf de eerste werkdag, indien nodig, kan beschikken over vakantie die gespreid kan worden en op langere termijn kan worden gepland [zie arrest BAG van 7 september 2021, 9 AZR 3/21 (A), punt 27, met verwijzing naar arrest Hof van 22 november 2011, KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, punt 38]. Deze doelstelling staat in een geval als het onderhavige niet noodzakelijkerwijs in de weg aan het verval van het recht op vakantie.
- 28 a) In de regel kan de werkgever zich niet op de beperking en het verval van het recht op vakantie beroepen indien hij zijn verplichtingen niet is nagekomen om de werknemer te wijzen op zijn vakantie en hem uit te nodigen deze op te nemen, omdat een redelijke werknemer zijn vakantie doorgaans tijdig vóór het verval ervan zou hebben aangevraagd wanneer hij zoals vereist hiertoe is uitgenodigd en hierop is gewezen (zie arrest Hof van 6 november 2018, ██████ ██████ Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punten 45 en 46).
- 29 b) Dit ligt anders wanneer het gewenste resultaat, de toekenning van vakantie door de werkgever overeenkomstig de aanvraag vóór de vervaldatum, is bereikt zonder dat rekening is gehouden met het feit dat de werkgever zijn verplichtingen tot medewerking niet is nagekomen. Het feit dat de werkgever niet heeft meegewerkt aan de verwezenlijking van de vakantie, heeft de werknemer er in een dergelijk geval niet van weerhouden om zijn vakantie aan te vragen en – zoals in het onderhavige geval waarin de werknemer pas op een later tijdstip wegens ziekte arbeidsongeschikt is geworden – de vakantie op te nemen voordat deze is vervallen. In een dergelijk geval is er geen sprake van een situatie waarin de werknemer ervan zou kunnen worden weerhouden zijn rechten te doen gelden jegens zijn werkgever, vooral omdat het doen gelden van deze rechten hem kan blootstellen aan maatregelen van de werkgever die het dienstverband in zijn nadeel kunnen beïnvloeden (zie arrest Hof van 6 november 2018, ██████ ██████ Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punten 41 en 42). In casu heeft verzoeker tijdig vóór het begin van de vrijstellingsfase een vakantie-aanvraag voor de periode van 4 tot en met 25 mei 2016 ingediend, die verweerster heeft goedgekeurd. Indien verzoeker in de

periode van 11 tot en met 31 mei 2016 niet wegens ziekte arbeidsongeschikt zou zijn geweest, zou hij niet slechts voor vier werkdagen, maar daadwerkelijk voor alle 13 werkdagen, inclusief het resterende deel van de wettelijke vakantie van $2\frac{2}{3}$ werkdagen, vakantie hebben kunnen opnemen.

- 30 c) Hetzelfde geldt bijgevolg voor de periode vanaf het begin van de vrijstellingsfase. Zelfs indien het doel niet had kunnen worden bereikt om de werknemer in staat te stellen vrijelijk met volledige kennis van zaken te beslissen of hij zijn vakantie opneemt wanneer de werkgever de verplichtingen om hem te wijzen op zijn vakantierechten en hem uit te nodigen deze op te nemen, is nagekomen (zie arrest BAG van 19 februari 2019, 9 AZR 423/16, punt 40, BAGE 165, 376), bestaat er geen causaal verband tussen de nalatigheid van de werkgever en het verval van de vakantie [zie arrest BAG van 7 juli 2020, 9 AZR 401/19 (A), punt 26, BAGE 171, 231]. Zodra de werknemer de vrijstellingsfase heeft bereikt, is niet het gedrag van de werkgever, maar de vrijstelling van de werknemer van de verplichting om te werken de enige reden voor het verval van de vakantie. In die omstandigheden staat er niets aan in de weg dat de werkgever zich beroept op de beperking en het verval van het recht op vakantie, hoewel hij zijn verplichtingen niet is nagekomen.
- 31 2. Voor zover kan worden nagegaan, is tot op heden in de rechtspraak van het Hof niet ondubbelzinnig verduidelijkt welke gevolgen arbeidsongeschiktheid wegens ziekte heeft voor het door het Unierecht gewaarborgde minimumaantal vakantiedagen wanneer deze arbeidsongeschiktheid zich pas voordoet nadat de werkgever de aanvraag van de werknemer om vakantie op te nemen heeft goedgekeurd. Voor de Senat rijst in dit verband de vraag welke partij in een dergelijk geval het risico van het verval draagt. Enerzijds moet er rekening mee worden gehouden dat de werknemer, zonder zich bij het aanvragen van een vakantie zorgen te maken over nadelen van de kant van de werkgever, over zijn vakantie heeft beschikt en dat het tot het algemene levensrisico van een contractpartij behoort om rechten ten gevolge van een belemmering van de uitoefening ervan te verliezen. Anderzijds zou zelfs in een geval als het onderhavige het risico aan de werkgever kunnen worden toegerekend, omdat niet principieel kan worden uitgesloten dat de werknemer zijn vakantie anders zou hebben gepland indien de werkgever hem tijdig op de mogelijkheid zou hebben gewezen dat hij tijdens de vrijstellingsfase geen vakantie kan nemen en de vakantie aan het einde van het kalenderjaar vervalft.
- 32 3. Ingeval het Hof de eerste prejudiciële vraag ontkennend beantwoordt, is de tweede prejudiciële vraag relevant voor de beslechting van het geding. In casu heeft verweerster verzoeker naar aanleiding van zijn aanvraag voor de periode van 4 tot en met 25 mei 2016 vakantie toegekend zonder hem eerst uit te nodigen om zijn vakantie op te nemen en hem erop te wijzen dat de niet-aangevraagde vakantie aan het einde van het kalenderjaar of de overdrachtsperiode kan vervallen. Verzoeker heeft op 4 mei 2016 vakantie opgenomen. Indien het Unierecht zich onder de beschreven omstandigheden niet tegen een verval verzet, zou het beroep in *Revision* van verzoeker, wat het wettelijk minimumaantal

vakantiedagen betreft, niet slagen. Indien artikel 7 van richtlijn 2003/88 en artikel 31, lid 2, van het Handvest zich tegen het verval verzetten, zou het beroep in *Revision* van verzoeker in dat verband moeten worden toegewezen.

[OMISSIS]