



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. BOBEK
van 5 september 2018¹

Zaak C-385/17

Torsten Hein
tegen
Albert Holzkamm GmbH & Co.

[verzoek van het Arbeitsgericht Verden (arbeidsrechter in eerste aanleg Verden, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Sociale politiek – Organisatie van de arbeidstijd – Collectieve arbeidsovereenkomst in de bouwsector – Recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon – Vakantievergoeding – Gevolgen die voortvloeien uit perioden van gedeeltelijke werkloosheid”

I. Inleiding

1. In de federale wetgeving van Duitsland is bepaald dat het aantal vakantiedagen met behoud van loon per jaar ten minste 24 werkdagen moet bedragen. Een lager inkomen ten gevolge van gedeeltelijke werkloosheid (arbeidstijdverkorting) mag in beginsel niet van invloed zijn op de berekening van de vakantievergoeding door een werkgever. Sociale partners bij een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) hebben echter het recht om van die federale vakantieregeling af te wijken. De arbeidsomstandigheden in de bouwsector zijn in een speciale collectieve kaderovereenkomst geregeld. Hierin is bepaald dat werknemers jaarlijks recht hebben op 30 vakantiedagen met behoud van loon. Bij de berekening van de vakantievergoeding wordt echter wel rekening gehouden met loonverminderingen ten gevolge van perioden van gedeeltelijke werkloosheid.

2. Torsten Hein werkt in de bouwsector. In 2015 en 2016 was hij gedurende een periode van enkele weken gedeeltelijk werkloos. Hij nam vakantie met behoud van loon. Hij is van mening dat bij de berekening van zijn vakantievergoeding de perioden van gedeeltelijke werkloosheid niet in aanmerking hadden mogen worden genomen.

3. In de onderhavige zaak wordt aan het Hof de vraag voorgelegd of het Unierecht zich verzet tegen een in een cao opgenomen nationale regel op grond waarvan het is toegestaan loonverminderingen ten gevolge van gedeeltelijke werkloosheid in aanmerking te nemen bij de berekening van het bedrag waarop een werknemer recht heeft als vakantievergoeding.

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

II. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

1. *Handvest*

4. Artikel 31, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) luidt: „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.”

2. *Richtlijn 2003/88*

5. In artikel 1 van richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: „richtlijn 2003/88” of de „arbeidstijdenrichtlijn”)² worden de doelstelling en het toepassingsgebied van de richtlijn vastgesteld:

„1. Deze richtlijn bepaalt minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd.

2. Deze richtlijn is van toepassing op:

a) [...] de minimale jaarlijkse vakantie [...]”.

6. Artikel 2, lid 1, geeft de volgende definitie van arbeidstijd: „de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken”. In artikel 2, lid 2, wordt rusttijd gedefinieerd als: „de tijd die geen arbeidstijd is”.

7. Artikel 7 luidt als volgt:

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

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

8. Overeenkomstig artikel 15 staat deze richtlijn er niet aan in de weg „dat de lidstaten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, dan wel de toepassing bevorderen of mogelijk maken van collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers”.

² Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 (PB 2003, L 299, blz. 9).

B. Duits recht

1. Wet inzake het minimale aantal verlofdagen voor werknemers

9. § 3, lid 1, van het Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz – BUrlG) (wet inzake het minimale aantal verlofdagen voor werknemers) (hierna: „federale wet inzake verlof”)³ bepaalt: „De vakantie bedraagt jaarlijks ten minste 24 werkdagen”.

10. § 11, lid 1, luidt als volgt:

„Het vakantieloon wordt berekend aan de hand van het gemiddelde arbeidsloon die de werknemer gedurende de laatste 13 weken vóór het begin van de vakantie heeft ontvangen, met uitzondering van het aanvullende arbeidsloon voor overuren.

[...]

Loonverminderingen die in de berekeningsperiode worden toegepast als gevolg van gedeeltelijke werkloosheid, werkonderbrekingen of onvrijwillig werkverzuim worden niet meegerekend voor de vaststelling van het vakantieloon [...]”.

11. Krachtens § 13, lid 1, van de federale wet inzake verlof kunnen de sociale partners bij collectieve overeenkomst van de bepalingen van deze wet afwijken, met uitzondering van de §§ 1 en 2 en § 3, punt 1, ervan. Op grond van § 13, lid 2, kan bij collectieve overeenkomsten in de bouwsector onder meer worden afgeweken van de §§ 1 en 2 en § 3, lid 1, mits dit noodzakelijk is om een aaneensluitende vakantie voor alle werknemers te waarborgen.

2. Federale collectieve kaderovereenkomst voor de bouwsector

12. § 8, punt 1, van de Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (federale collectieve kaderovereenkomst voor de bouwsector; hierna: „BRTV-Bau”)⁴ luidt als volgt:

„1. Iedere werknemer heeft elk kalenderjaar (vakantiejaar) recht op 30 werkdagen verlof met behoud van loon.

[...]

4. De duur van de verlofperiode hangt af van het aantal dagen dat arbeid is verricht in bedrijven in de bouwsector [...]”.

13. § 8, punt 2, betreft de berekening van de duur van de verlofperiode:

„[...]”

2. Iedere werknemer heeft na 12 werkdagen – en in geval van zwaar gehandicapten, na 10,3 werkdagen – recht op één verlofdag.

³ BGBl. III, blz. 800-4, laatstelijk gewijzigd bij wet van 20 april 2013 (BGBl. I S, blz. 868).

⁴ Bundesrahmentarifvertrag für Baugewerbe van 4 juli 2002 zoals gewijzigd op 17 december 2003, 14 december 2004, 29 juli 2005, 19 mei 2006, 20 augustus 2007, 31 mei 2012, 17 december 2012, 5 juni 2014 en 10 december 2014.

3. Werkdagen zijn alle kalenderdagen waarop arbeidsovereenkomsten bestaan bij bedrijven uit de bouwsector gedurende het vakantiejaar. Dit is uitgezonderd de dagen waarop de werknemer zonder reden afwezig was en het verlof zonder behoud van loon, indien deze een periode beslaan die langer is dan 14 dagen [...].”

14. § 8, punt 4, betreft de vergoeding voor vakantie en luidt als volgt:

„1. De werknemer ontvangt een vakantievergoeding voor de vakantie overeenkomstig punt 1.

De vakantievergoeding bedraagt 14,25 % – in geval van zwaar gehandicapten in de zin van de wettelijke bepalingen, 16,63 % – van het brutoloon. De vakantievergoeding bestaat uit het tijdens het verlof doorbetaalde loon van 11,4 % – in geval van zwaar gehandicapten, van 13,3 % – van het brutoloon en het aanvullende vakantiegeld. Het aanvullende vakantiegeld bedraagt 25 % van het tijdens het verlof doorbetaalde loon. Het kan worden verrekend met het door de onderneming toegekende aanvullende vakantiegeld.

Voor vakantie die na 31 december 2015 en vóór 1 januari 2018 is ontstaan, bedraagt de vakantievergoeding 13,68 % – in geval van zwaar gehandicapten in de zin van de wettelijke bepalingen, 15,96 % – van het brutoloon. De vakantievergoeding bestaat uit het tijdens het verlof doorbetaalde loon van 11,4 % – in geval van zwaar gehandicapten, van 13,3 % – van het brutoloon en het aanvullende vakantiegeld. Het aanvullende vakantiegeld bedraagt 20 % van het tijdens het verlof doorbetaalde loon. Het kan worden verrekend met het door de onderneming toegekende aanvullende vakantiegeld.

2. Brutoloon is:

a) het brutobedrag dat de grondslag vormt voor de berekening van loonbelasting en dat bij de aangifte loonbelasting wordt opgegeven, met inbegrip van vergoedingen in natura die niet forfaitair op grond van § 40 van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting) worden belast;

[...]

3. De vakantievergoeding voor gedeeltelijk genomen vakantie wordt berekend door de overeenkomstig punt 4.1 berekende vakantievergoeding te delen door de som van het overeenkomstig punt 2 vastgestelde aantal vakantiedagen en te vermenigvuldigen met het aantal vakantiedagen dat wordt opgenomen.

[...]

5. Op het einde van het vakantiejaar moeten de overblijvende rechten op de vakantievergoeding op het volgende kalenderjaar worden overgedragen.”

15. In § 8, punt 5, is bepaald:

„1. Per uur dat niet is gewerkt ten gevolge van onvrijwillige arbeidsongeschiktheid door ziekte en waarvoor geen aanspraak op loon kan worden gemaakt, wordt de volgens punt 4.1 berekende vakantievergoeding verhoogd met 14,25 % van het overeenkomstig § 6, lid 1, eerste zin, punt 1, van het Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (collectieve arbeidsovereenkomst voor procedures betreffende de socialezekerheidsfondsen in de bouwsector) (hierna: ‚VTV’) laatst meegedeelde brutoloon.

2. Per uur dat niet is gewerkt in de periode van 1 december tot en met 31 maart waarvoor de werknemer een vergoeding voor seizoensgebonden gedeeltelijke werkloosheid ontvangt, wordt de volgens punt 4.1 berekende vakantievergoeding na afloop van deze termijn verhoogd met 14,25 % van het overeenkomstig § 6, lid 1, eerste zin, punt 1, VTV laatst meegedeelde brutoloon. De eerste 90 niet-gewerkte uren waarbij de vergoeding voor seizoensgebonden gedeeltelijke werkloosheid is ontvangen, worden hierbij niet meegerekend.

[...]

4. Voor vakantie die na 31 december 2015 en vóór 1 januari 2018 is opgebouwd, bedraagt de minimumvakantievergoeding – in afwijking van de punten 5.1 en 5.2 – 13,68 %.”

III. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

16. Hein (hierna ook: „verzoeker”) is sinds 1980 als betonbouwer in dienst bij Albert Holzkamm GmbH & Co. (hierna ook: „verweerster” of „werkgeefster”). Hij ontving een uurloon van 19,57 EUR (bruto) in 2015 en 20,04 EUR (bruto) in 2016.

17. Door middel van arbeidsregelingen voerde de werkgeefster voor de maanden augustus, september, oktober en november 2015 arbeidstijdverkorting in. Samen met de arbeidstijdverkortingen in andere maanden van hetzelfde jaar was Hein gedurende 2015 in totaal 26 weken gedeeltelijk werkloos.

18. In 2015 bouwde hij 30 verlofdagen op. In de periode van 19 oktober tot en met 31 oktober 2015 nam hij 10 verlofdagen op, hetgeen op basis van het aantal wekelijkse werkuren in oktober (41 uur) overeenkomt met 82 uur in totaal. De werkgeefster berekende de vakantievergoeding⁵ op basis van een uurloon van ongeveer 10,96 EUR (bruto). Vergelijken met het normale uurloon van Hein in 2015 (19,57 EUR) is er in totaal een verschil van ongeveer 705,88 EUR (bruto); volgens Hein is dit het bedrag dat hem verschuldigd is. Met betrekking tot het collectief overeengekomen aanvullende vakantiegeld stelt hij dat er een verschil is van 176,50 EUR (bruto). Ook heeft Hein op 22 december 2015 één dag vakantie genomen. Voor die dag vordert hij 69,45 EUR (bruto) als vakantieloon en 17,22 EUR (bruto) als vakantiegeld.

19. In 2016 nam Hein vakantie van 4 oktober tot en met 28 oktober, in totaal 155,5 uur. Zijn werkgeefster berekende de vakantievergoeding op basis van een uurloon van ongeveer 11,76 EUR (bruto). Op basis van het uurloon van verzoeker in 2016, 20,04 EUR (bruto), vordert Hein derhalve een verschil van ongeveer 1 287,85 EUR (bruto) in totaal. Hein vordert eveneens 413,39 EUR (bruto) aan aanvullend vakantiegeld.

20. Hein is van mening dat de perioden van arbeidstijdverkorting in beide jaren niet tot een lager recht op vakantievergoeding zouden mogen leiden. De regel in § 8 van de collectieve overeenkomst heeft tot gevolg dat bij arbeidstijdverkorting aanzienlijk minder vakantievergoeding wordt betaald. Derhalve vordert Hein dat zijn werkgeefster door de verwijzende rechter wordt veroordeeld tot een betaling van 2 670,27 EUR (bruto), vermeerderd met rente, aan vakantievergoeding.

21. Albert Holzkamm GmbH & Co. is van mening dat de regel in § 8 van de collectieve overeenkomst onder § 13, lid 1, en § 13, lid 2, van de federale wet inzake vakantie valt. Deze laatstgenoemde bepaling en de hierop gebaseerde cao-regel zijn in overeenstemming met het Unierecht. De werkgeefster voegt hieraan toe dat in aanmerking dient te worden genomen dat de sociale partners in de herziene versie

⁵ Krachtens § 8, punt 4, van de BRTV-Bau bestaat de vakantievergoeding uit het tijdens de vakantie doorbetaalde loon van 11,4% – in geval van zwaar gehandicapten, van 13,3% – van het brutoloon en het aanvullende vakantiegeld. Het aanvullende vakantiegeld is een percentage van het tijdens de vakantie doorbetaalde loon (vakantieloon). Behalve wanneer het in strikte zin juist is om te spreken van vakantieloon zal ik de term „vakantievergoeding” gebruiken.

van de cao het aantal vakantiedagen waarop aanspraak kan worden gemaakt in geval van vooraf bepaalde gedeeltelijke werkloosheid, niet hebben verminderd. Niettemin compenseerde zij de vooraf bepaalde gedeeltelijke werkloosheid door het bedrag van de vakantievergoeding te verhogen. Derhalve is de werkgeefster van mening dat het beroep van Hein moet worden verworpen.

22. In deze feitelijke en juridische context heeft het Arbeitsgericht Verden (arbeidsrechter in eerste aanleg Verden, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vragen voorgelegd:

- „1) Moeten artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 7, lid 1, van richtlijn [2003/88] betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan bij collectieve arbeidsovereenkomst kan worden bepaald dat loonverminderingen die in de berekeningsperiode worden toegepast ten gevolge van gedeeltelijke werkloosheid (arbeidstijdverkorting), de berekening van het vakantieloon zodanig beïnvloeden dat de vakantievergoeding die de werknemer voor de duur van de jaarlijkse vakantie van minstens vier weken ontvangt of de financiële vergoeding die hij bij beëindiging van het dienstverband ontvangt voor de niet opgenomen vakantiedagen, lager is dan hetgeen hij zou hebben ontvangen wanneer de berekening van de vakantievergoeding gebaseerd was op het gemiddelde arbeidsloon dat de werknemer in de berekeningsperiode zonder dergelijke loonverminderingen had ontvangen? Zo ja, hoeveel mag een bij collectieve arbeidsovereenkomst vastgestelde en krachtens de nationale wettelijke regeling toegestane vermindering van de vakantievergoeding wegens gedeeltelijke werkloosheid tijdens de berekeningsperiode, ten opzichte van het ongekorde gemiddelde arbeidsloon van de werknemer procentsgewijs maximaal bedragen, opdat de uitlegging van deze nationale regeling in overeenstemming met het recht van de Unie kan worden geacht?
- 2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: Vereisen het algemene Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht dat de mogelijkheid om zich te beroepen op de door het Hof in het kader van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing te geven uitlegging van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en van artikel 7, lid 1, van richtlijn [2003/88] betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, ten aanzien van alle betrokken partijen wordt beperkt in de tijd, op grond dat de hoogste nationale rechter voordien heeft geoordeeld dat de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen en bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten niet in overeenstemming met het recht van de Unie kunnen worden uitgelegd? Indien het Hof deze vraag ontkennend beantwoordt: Is het verenigbaar met het Unierecht dat de nationale rechterlijke instanties op basis van het nationale recht de werkgevers, die erop vertrouwden dat de hoogste nationale rechterlijke instantie haar rechtspraak niet zou wijzigen, bescherming van het gewettigd vertrouwen bieden, of kan uitsluitend het Hof bescherming van het gewettigd vertrouwen bieden?”

23. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoeker, verweerster, de Duitse en de Italiaanse regering en de Europese Commissie. Met uitzondering van de Italiaanse regering hebben al deze partijen ter terechtzitting van 14 juni 2018 hun standpunten mondeling toegelicht.

IV. Beoordeling

24. In deze conclusie zal ik ter inleiding eerst ingaan op de eventuele gevolgen van het feit dat de aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling deel uitmaakt van een collectieve arbeidsovereenkomst die afwijkt van de nationale basiswetgeving inzake vakantie teneinde rekening te houden met de bijzondere omstandigheden in de bouwsector, (A). Ten tweede zal ik uiteenzetten welke minimumeisen het

Unierecht aan het recht op vakantie stelt, met name ten aanzien van de vakantievergoeding (B). Ten derde zal ik onderzoeken of het Unierecht in de onderhavige zaak eraan in de weg staat dat bij de berekening van de vakantievergoeding de gedeeltelijke werkloosheid in aanmerking wordt genomen (C).

A. Collectieve overeenkomst in de bouwsector

25. De bouwsector heeft bepaalde kenmerken die specifiek voor deze sector gelden. Gedurende het jaar zijn er variaties in het werkschema die met name worden veroorzaakt door wisselende weersomstandigheden of economische risico's. Derhalve is de kans groot dat de werknemers in die sector met name (maar niet uitsluitend) in de winter met perioden van zogenoemde „arbeidstijdverkorting” te maken krijgen, terwijl er daarnaast perioden van hoge werkbelasting zijn, waarin vaak overuren moeten worden gemaakt. Door deze variaties in het werkschema is het tamelijk ingewikkeld om de duur van de jaarlijkse vakantie en de vergoeding voor de jaarlijkse vakantie te bepalen.

26. Overeenkomstig § 11, lid 1, van de Duitse wet inzake vakantie moet het vakantieloon op basis van het gemiddelde loon van de werknemer worden berekend, waarbij overuren niet worden meegerekend. Dat gemiddelde wordt berekend over een periode van 13 weken (de „referentieperiode”) voorafgaand aan de datum waarop de vakantie aanvangt. Bij de berekening van het vakantieloon wordt geen rekening gehouden met tijdens de referentieperiode opgetreden loonverminderingen wegens arbeidstijdverkortingen.

27. In § 13 van die wet is echter bepaald dat cao's in de bouwsector kunnen afwijken van de regels van de federale wet inzake vakantie. De BRTV-Bau heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt en zowel ten aanzien van de *duur* (30 werkdagen in plaats van 24) als ten aanzien van de *vergoeding* voor deze vakantie een afwijkende berekeningswijze opgenomen. Met name in de wijze waarop het gemiddelde brutoloon wordt bepaald houdt het in § 8, punt 4 van de BRTV-Bau uitgewerkte systeem, waarin de vakantievergoeding is geregeld, bij het berekenen van die vergoeding rekening met loonverminderingen op grond van arbeidstijdverkorting.

28. Binnen een dergelijke specifieke wettelijke context voert de Duitse regering aan dat in de onderhavige zaak niet de inhoudelijke bepalingen van de BRTV-Bau aan de orde zijn, maar de verenigbaarheid met het Unierecht van de *wetgeving die de afwijking mogelijk maakt* (namelijk § 13 van de federale wet inzake vakantie). De eerste vraag van de verwijzende rechter is tevens gesteld vanuit het perspectief dat sociale partners op grond van die bepaling de bevoegdheid hebben om van de wettelijke regeling af te wijken.

29. Ik ben het ermee eens dat formeel gezien de federale wet inzake vakantie inderdaad als de primaire bron van mogelijke onverenigbaarheid met het Unierecht kan worden beschouwd, in die zin dat het daarbij is toegestaan dat partijen bij een cao afwijken van de anderszins algemeen toepasselijke wettelijke regeling. Dat ter zijde gelaten zie ik echter niet wat er in de onderhavige zaak feitelijk ten aanzien van de federale wet inzake vakantie inhoudelijk beoordeeld zou kunnen worden, aangezien voor beide cruciale elementen in deze zaak, te weten de duur van en de vergoeding voor vakantie, de toepasselijke regels deel uitmaken van de BRTV-Bau.

30. Hierbij wil ik eraan herinneren dat zelfs indien de nationale regels door sociale partners zijn opgesteld en overeengekomen, zij niet buiten de reikwijdte van het Unierecht liggen, zolang zij natuurlijk binnen de materiële werkingssfeer ervan vallen. De inhoudelijke verenigbaarheid van een cao met het Unierecht is in het verleden reeds door het Hof onderzocht, ook in gevallen waarin die

overeenkomst afwijkt van de nationale wetgeving.⁶ Wanneer sociale partners maatregelen aannemen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, moeten zij dat recht eerbiedigen.⁷

31. Vanuit het perspectief van het Unierecht doet het feit dat de regels in de cao niet daadwerkelijk door de autoriteiten van een lidstaat zijn opgesteld, niet ter zake. Wat geldt is dat die autoriteiten dergelijke regels mogelijk hebben gemaakt, deze onderdeel hebben gemaakt van de toepasselijke rechtsvoorschriften in de gegeven sector en deze binnen hun rechtsgebied handhaven. Kort gezegd leiden de verschillende vormen van „uitbesteding” van wetgeving er niet toe dat die regelgeving van het Unierecht wordt afgeschermd noch wordt de lidstaat hierdoor van zijn eindverantwoordelijkheid voor de inhoud van dergelijke regelgeving ontslagen.⁸

32. Dientengevolge staat buiten kijf dat het Hof in de onderhavige zaak de bevoegdheid heeft te oordelen over de inhoudelijke verenigbaarheid van de omstreden bepalingen van de BRTV-Bau met het Unierecht.

33. Hoewel de aan de orde zijnde regels binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, is het feit dat zij door de sociale partners in de vorm van een cao zijn vastgelegd naar mijn mening wel van belang, zij het vanuit een andere invalshoek.

34. Het Unierecht erkent het belang van een maatschappelijke dialoog. Het recht op onderhandelen en op het sluiten van cao's is gewaarborgd in artikel 28 van het Handvest. Dergelijke overeenkomsten zijn een uitdrukking van de maatschappelijke dialoog. De (sectorspecifieke) regelingen in die overeenkomsten hebben mogelijk zelfs een grotere mate van legitimiteit, omdat zij niet eenzijdig (en algemeen) door de overheid worden opgelegd, maar het gevolg zijn van onderhandelingen door de sociale partners, meestal in het licht van de bijzondere omstandigheden in een bepaalde sector. Derhalve mag worden aangenomen dat collectieve overeenkomsten een afspiegeling zijn van een over het geheel genomen subtiel evenwicht tussen de belangen van de werknemers enerzijds en die van werkgevers anderzijds.

35. Daarbij is de uitdrukking die in een dergelijk kader moet worden benadrukt inderdaad „*algeheel evenwicht*”. Wanneer cao's in een rechtstelsel worden toegestaan, ligt het voor de hand dat zij op meer dan slechts één of twee onderdelen van de toepasselijke nationale (arbeids)wetgeving afwijken. Meestal worden hiermee complexere structuren ingevoerd, waarin een aantal compromissen en concessies zijn opgenomen. Derhalve kunnen de daarin opgenomen afzonderlijke regels niet op zichzelf worden beschouwd, maar slechts als onderdeel van een pakket.

6 Zie bijvoorbeeld arrest van 22 november 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761), waarin het Hof onderzocht of een collectieve overeenkomst (voor een andere sector) die afweek van de Duitse federale wet inzake vakantie, verenigbaar was met artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88. Zie voor een voorbeeld waarin het Hof de verenigbaarheid met het Unierecht beoordeelde van de nationale wettelijke regel waarbij de gevolgen van een collectieve overeenkomst ondanks de beëindiging ervan werden gehandhaafd, arrest van 11 september 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197).

7 Zie in dat verband de arresten van 15 januari 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3); 12 oktober 2010, Rosenblatt (C-45/09, EU:C:2010:601, punt 53), en 13 september 2011, Prigge e.a. (C-447/09, EU:C:2011:573, punten 46 en 48).

8 Wanneer we deze vergelijking uitbreiden naar de vaste rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid, zal vanuit het standpunt van Unierecht altijd de lidstaat aansprakelijk zijn voor door particulieren geleden schade ten gevolge van schending van het Unierecht, ongeacht welke instantie voor die schending verantwoordelijk was (zie bijvoorbeeld arresten van 1 juni 1999, Konle, C-302/97, EU:C:1999:271, punt 62; 30 september 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, punten 31-33, en 25 november 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, punt 46). Ongeacht welke wettelijke of grondwettelijke regelingen een lidstaat zowel horizontaal (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht en/of andere centrale overheidsinstanties) als verticaal heeft ingesteld, wordt op het grondgebied van de lidstaat uiteindelijk diens verantwoordelijkheid gehandhaafd, ongeacht de actor(en) in kwestie.

B. Minimumvoorschriften op grond van het Unierecht inzake vakantie

36. Vooraf dient te worden opgemerkt dat het Unierecht slechts voorziet in de minimumbescherming van werknemers, waaronder het recht op vakantie.⁹ Het staat aan de lidstaten om, binnen de beperkingen van het Unierecht, de voorwaarden vast te stellen waaronder dat recht kan worden uitgeoefend zonder dat het bestaan ervan wordt aangetast.¹⁰ Wat krachtens het Unierecht uiteindelijk van belang is, is dat het recht daadwerkelijk moet kunnen worden uitgeoefend en dat de essentie van het recht op vakantie dus niet wordt aangetast.¹¹

37. Maar aan welke minimumvereisten met betrekking tot het recht op vakantie moet de nationale wettelijke regeling, cao's daaronder begrepen, precies voldoen om verenigbaar te zijn met het Unierecht?

38. Volgens artikel 31, lid 2, van het Handvest heeft iedere werknemer recht op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Dit recht wordt hierin niet verder uitgewerkt. In artikel 7, lid 1 van richtlijn 2003/88, dat op grond van rechtspraak van het Hof een directe werking heeft¹², wordt dit recht wel verder uitgewerkt. In dit artikel is bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen 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.

39. Het Hof heeft meermaals benadrukt dat het recht op vakantie met behoud van loon als een uitermate belangrijk beginsel van het sociaal recht van de Unie moet worden beschouwd¹³, dat beoogt te waarborgen dat iedere werknemer zowel een periode van rust heeft als een periode van ontspanning en vrije tijd.¹⁴ Dit recht heeft twee aspecten: het recht op jaarlijkse vakantie en een vakantievergoeding.¹⁵ Het mag niet in beperkende zin worden uitgelegd.¹⁶

40. Ten aanzien van de vakantievergoeding in het bijzonder moet worden opgemerkt dat richtlijn 2003/88 geen bepaling bevat over dat aspect van het recht.¹⁷ Het is echter vaste rechtspraak dat werknemers voor de rustperiode een *normaal loon* moeten ontvangen dat overeenkomt met het aantal uren vakantie dat is genomen.¹⁸ Zij moeten in een situatie worden geplaatst die vergelijkbaar is met de perioden waarin zij werk hebben verricht.¹⁹ De gedachte achter het begrip „normaal loon” is dat wordt

9 Ten aanzien van de mogelijkheid van lidstaten om verder te gaan dan wat op grond van Unierecht vereist is, zie bijvoorbeeld, in het kader van de berekening van de vakantievergoeding, arrest van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punten 29 en 30). Zie tevens, met betrekking tot de rechten op aanvullende vakantie met behoud van loon naast het recht op een vakantie met behoud van loon van minimaal vier weken zoals voorzien in het Unierecht, arresten van 3 mei 2012, Neidel (C-337/10, EU:C:2012:263, punt 36), en 20 juli 2016, Maschek (C-341/15, EU:C:2016:576, punt 39).

10 Arrest van 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a. (C-131/04 en C-257/04, EU:C:2006:177, punt 57), en 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 28).

11 Zie in dat verband arrest van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 45 en 46).

12 Zie arrest van 24 januari 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 35).

13 Zie bijvoorbeeld de arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punten 22 en 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punt 17).

14 Zie arrest van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 25).

15 Zie arrest van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punt 26).

16 Zie de arresten van 21 juni 2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, punt 18), en 8 november 2012, Heimann en Toltschin (C-229/11 en C-230/11, EU:C:2012:693, punt 23).

17 Zoals bevestigd in het arrest van 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punten 48-50), met betrekking tot met name de berekening van de financiële vergoeding in plaats van de jaarlijkse vakantie.

18 Zie arresten van 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a. (C-131/04 en C-257/04, EU:C:2006:177, punt 50), en 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punten 58 en 60).

19 Zie arresten van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punt 20), en 22 mei 2014, Lock (C-539/12, EU:C:2014:351, punt 17).

verzekerd dat de werknemers de dagen waarop zij recht hebben, ook zullen nemen, zodat zij kunnen rusten. Als het bedrag van de vakantievergoeding te laag zou zijn, zijn werknemers wellicht geneigd hun vakantie niet te nemen. In een dergelijk scenario zou het recht op vakantie worden uitgehouden.²⁰

41. Uit die constatering wordt echter niet meteen duidelijk wat een tijdens de vakantie te betalen „normaal loon” is in arbeidssituaties met variabele werktijden gedurende de referentieperiode. Door deze variaties kan het moeilijker zijn de jaarlijkse vakantie te berekenen, zowel met betrekking tot de duur ervan als met betrekking tot de vergoeding, zoals blijkt uit een aantal zaken die door het Hof zijn behandeld.

42. Ten eerste heeft het Hof ten aanzien van de gevolgen van ziekteverlof voor de jaarlijkse vakantie duidelijk geoordeeld dat het feit dat iemand met ziekteverlof is geweest niet mag leiden tot een vermindering van het recht op jaarlijkse vakantie.²¹ „Voor het door [richtlijn 2003/88] aan alle werknemers verleende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon [kan] niet door een lidstaat als voorwaarde [...] worden gesteld dat tijdens de door die lidstaat vastgestelde referentieperiode daadwerkelijk is gewerkt.”²² Dienovereenkomstig kan het feit dat iemand met ziekteverlof is geweest, hetgeen zowel een onopzettelijke als onvoorzienbare gebeurtenis is, geen gevolgen hebben voor de duur en de vergoeding van de jaarlijkse vakantie. Hieruit volgt dat het feit dat er vanwege ziekteverlof een geringer aantal uren *feitelijk* is gewerkt, geen gevolgen heeft voor het recht op jaarlijkse vakantie.²³

43. Ten tweede dient met betrekking tot de bepaling van het „normale loon” voor banen met variabele taken en werkroosters, het loon in overeenstemming te zijn met de taken die door de werknemer zijn verricht. In het arrest Williams heeft het Hof richtsnoeren gegeven voor hetgeen het „normale loon” van een piloot is. Het Hof oordeelde dat wanneer het door de werknemer ontvangen loon uit verschillende componenten bestaat en wordt bepaald door de in het recht van de lidstaten geregelde bepalingen en praktijken, die structuur „geen weerslag mag hebben op het [...] recht van de werknemer om gedurende zijn periode van rust en ontspanning vergelijkbare economische omstandigheden te genieten als die rond de verrichting van zijn arbeid. Elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, [...] [moet] noodzakelijkerwijs deel [...] uitmaken van het bedrag waarop de werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie. [...] Daarentegen dienen de componenten van het globale loon van de werknemer die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten die worden gemaakt bij uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst, zoals kosten verbonden met de tijd die piloten buiten de standplaats moeten doorbrengen, niet in aanmerking worden genomen voor de berekening van het te betalen bedrag aan vakantieloon.”²⁴

44. Het „normale loon” wordt dus verondersteld een „spiegel” te zijn van de „normale” werkomstandigheden die intrinsiek aan het betrokken werk verbonden zijn. Tot op zekere hoogte generaliserend lijkt het dus zo te zijn dat de vakantievergoeding moet worden vastgesteld in het licht van de volledige vergoeding die feitelijk is ontvangen voor de taken die *daadwerkelijk* op regelmatige basis zijn uitgevoerd.

20 Zie in dat verband arrest van 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a. (C-131/04 en C-257/04, EU:C:2006:177, punt 51), waarin het Hof duidelijk stelde dat het loon voor verrichte arbeid niet mag leiden tot een uitholling van het recht op vakantie met behoud van loon. Zie ook het arrest van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punt 21), waarin het Hof oordeelde dat een financiële vergoeding die nog net hoog genoeg is dat geen redelijke kans bestaat dat de werknemer zijn jaarlijkse vakantie niet opneemt, niet aan de Unierechtelijke eisen voldoet.

21 Zie bijvoorbeeld de arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punten 48 en 49), en 21 juni 2012, ANGED (C-78/11, EU:C:2012:372, punt 21).

22 Zie arresten van 20 januari 2009, Schultz-Hoff e.a. (C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 41), en 24 januari 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 20.

23 Voor een vergelijkbare behandeling van zwangerschapsverlof, zie arrest van 18 maart 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, punten 32 en 33).

24 Zie arrest van 15 september 2011, Williams e.a. (C-155/10, EU:C:2011:588, punten 19-25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45. Ten derde heeft het Hof, met betrekking tot de gevolgen van deeltijdarbeid voor het recht op jaarlijkse vakantie en onder verwijzing naar de EU-kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, het pro-rata-temporisbeginsel toegepast op de *duur* van de vakantie zodat deze evenredig is aan de *daadwerkelijk* verrichte (deeltijd)arbeid. Zo oordeelde het Hof in het arrest Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, dat betrekking had op de gevolgen voor het recht op vakantie met behoud van loon vanwege een wijziging in het aantal werkuren van een werknemer van voltijd- naar deeltijdarbeid, dat het om objectieve redenen gerechtvaardigd is voor een periode waarin deeltijds wordt gewerkt het recht op jaarlijkse vakantie ten opzichte van het recht op jaarlijkse vakantie dat wordt toegekend voor een periode waarin voltijds wordt gewerkt, te verminderen. Dit beginsel kan echter niet met terugwerkende kracht worden toegepast op een recht op jaarlijkse vakantie dat is verworven in een periode waarin voltijds werd gewerkt.²⁵

46. Vervolgens heeft het Hof in het arrest Heimann de toepassing van het pro-rata-temporisbeginsel uitgebreid naar een bijzondere situatie van arbeidstijdverkorting, namelijk „arbeidstijdverkorting tot nul”. Die situatie ontstond op grond van een sociaal plan²⁶ waarmee ontslagen werknemers die voorheen voltijds werkten in plaats van vakantie een financiële vergoeding konden krijgen. In die specifieke situatie omschreef het Hof de betrokken werknemers als de facto „tijdelijke deeltijdwerknemers”²⁷ en paste het vervolgens het pro-rata-temporisbeginsel toe. In het arrest Heimann verklaarde het Hof dus in feite het pro-rata-temporisbeginsel van toepassing op de vaststelling van de vakantieduur van een bepaald type werknemers met arbeidstijdverkorting. Hiermee werd de duur van de vakantie aangepast aan de door die werknemers *feitelijk* verrichte arbeid.

47. Het Hof heeft het pro-rata-temporisbeginsel echter nooit toegepast op het recht op *vergoeding* voor de jaarlijkse vakantie. Desalniettemin kan worden opgemerkt dat dit beginsel ook van invloed is op een bepaald aantal door deeltijdwerkers genoten voorzieningen. In het arrest Schönheit en Becker heeft het Hof het pro-rata-temporisbeginsel toegepast op de berekening (en derhalve verlaging) van het ouderdomspensioen van een persoon in het geval van deeltijdarbeid.²⁸ Het Hof benadrukte echter dat de verlaging van het pensioen strikt evenredig moet zijn.²⁹ Ook in het arrest Österreichischer Gewerkschaftsbund³⁰, waarin een ander soort prestatie aan de orde was, namelijk de toelage voor een afhankelijk kind, oordeelde het Hof dat, indien de werknemer volgens de arbeidsvoorwaarden in die zaak op deeltijdbasis is tewerkgesteld, de berekening van de kindertoeelage op basis van het pro-rata-temporisbeginsel objectief gerechtvaardigd is. Uit deze lijn van vaste rechtspraak volgt dat werknemers in deeltijdarbeid recht hebben op de betaling van een bedrag dat evenredig aan het aantal feitelijk gewerkte uren is berekend.

48. Tot slot behandelde het Hof in het arrest Greenfield het omgekeerde scenario, te weten een *toename* van het aantal arbeidsuren, niet in het kader van werktijdverkorting maar vanwege onvoorziene variaties in de arbeidsuren. In deze zaak was er sprake van een contract dat bepaalde dat de arbeidsuren per week verschilden. Dienovereenkomstig varieerde ook het loon van de werknemer per week. Het Hof oordeelde dat het recht op de minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden berekend op basis van het aantal dagen en uren dat is gewerkt en dat in de arbeidsovereenkomst is vastgesteld.³¹ Wanneer er een wijziging in de arbeidsuren optreedt zijn lidstaten niet verplicht de reeds *vóór* de wijziging opgebouwde (en mogelijk al genomen) vakantie met terugwerkende kracht opnieuw te berekenen. Het Unierecht vereist alleen dat het recht op jaarlijkse

25 Zie arrest van 22 april 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (C-486/08, EU:C:2010:215, punt 33).

26 Dit sociaal plan bepaalde dat de arbeidsovereenkomsten van de ontslagen werknemers voor een periode van een jaar vanaf de datum van hun ontslag werden verlengd, terwijl door een „arbeidstijdverkorting tot nul” („Kurzarbeit Null”) de verplichting van de werknemer tot het verrichten van arbeid en de verplichting van de werkgever tot het betalen van loon werden geschorst.

27 Arrest van 8 november 2012, Heimann en Toltschin (C-229/11 en C-230/11, EU:C:2012:693, punt 32).

28 Zie arrest van 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, EU:C:2003:583, punten 90 en 91).

29 Zie arrest van 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, EU:C:2003:583, punt 93).

30 Arrest van 5 november 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-476/12, EU:C:2014:2332).

31 Zie arrest van 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punt 32).

vakantie met behoud van loon opnieuw wordt berekend met betrekking tot het *daaropvolgende* tijdvak van arbeid waarin het aantal gewerkte uren was verhoogd.³² Hieruit blijkt ook dat, behalve in situaties die vergelijkbaar zijn met ziekteverlof, de jaarlijkse vakantie in de regel op de *daadwerkelijk* verrichte arbeidsuren is gebaseerd.

49. Kortom blijkt dat in situaties waarin sprake is van variabele werkuren ten gevolge van een aantal verschillende gebeurtenissen, de vakantie in het algemeen op basis van *daadwerkelijk* gewerkte uren wordt berekend. Dit is met name het geval in situaties waarin de gebeurtenis die de aanleiding voor de variatie vormt, *voorzienbaar* of *vrijwillig* is, meestal omdat deze inherent is aan het betreffende soort contract, bijvoorbeeld voor bepaalde banen of voor deeltijdwerkers en bepaalde werknemers met arbeidstijdverkorting die daaraan gelijk kunnen worden gesteld. De enige uitzondering die duidelijk afwijkt van de „regel van daadwerkelijk gewerkte uren” betreft de variaties die ontstaan ten gevolge van perioden van ziekteverlof. De gedachte achter deze uitzondering is dat moet worden gewaarborgd dat een *onvoorzienbare* of *onopzettelijke* gebeurtenis, zoals het feit dat een persoon wegens ziekte niet tot arbeid in staat is, niet leidt tot een onterechte aantasting van het autonome recht op vakantie, dat een geheel ander doel heeft dan het recht op ziekteverlof. Met uitzondering van dit specifieke geval blijkt de norm voor het bepalen van vakantie het aantal daadwerkelijk gewerkte uren te zijn, en niet de theoretisch gewerkte uren.³³

C. Onderhavige zaak

50. De regel die in het hoofdgeding aan de orde is, betreft de *berekeningsmethode* van de vakantievergoeding zoals neergelegd in de collectieve overeenkomst in de bouwsector, de BRTV-Bau. De centrale kwestie die aan de eerste vraag van de verwijzende rechter ten grondslag ligt, is of het op grond van Unierecht is toegestaan bij de berekening van deze vergoeding de vermindering van het aantal feitelijke arbeidsuren (en dus van het loon) vanwege in cao's overeengekomen arbeidstijdverkorting (arbeidsregelingen) in aanmerking te nemen, dat wil zeggen in de specifieke context van wat formeel gezien een voltijds arbeidsrelatie lijkt te zijn, in een sector die vaak te maken heeft met belangrijke schommelingen in het werkrooster.

51. Volgens de verwijzende rechter wordt het bedrag van de vakantievergoeding in de Duitse regeling gekoppeld aan het loon dat de werknemer in de referentieperiode daadwerkelijk heeft ontvangen. Op basis van dit feitelijke loon, dat op zijn beurt op feitelijke arbeidsuren is gebaseerd, wordt het relevante uurloon berekend, dat vervolgens wordt gebruikt om het totale bedrag van de vakantievergoeding te bepalen.

52. Verzoeker betoogt dat de arbeidstijdverkorting gedurende de referentieperiode tot een vermindering van bijna 50 % van het gemiddelde uurloon heeft geleid, hetgeen bepalend is voor de berekening van de vakantievergoeding. Wanneer er sprake is van arbeidstijdverkorting gedurende de hele referentieperiode, zou het uurloon in die periode zelfs op nul kunnen uitkomen. Het bedrag van de vakantievergoeding moet echter ten minste even hoog zijn als het loon dat de werknemer zou hebben ontvangen als hij gewoon was blijven doorwerken. Het recht op vakantievergoeding is een echt recht op vergoeding. Derhalve zou de „waarde” van de jaarlijkse vakantie niet mogen afhangen van het moment waarop de vakantie in de referentieperiode wordt genomen.

³² Zie arrest van 11 november 2015, Greenfield (C-219/14, EU:C:2015:745, punten 38-39 en 43-44).

³³ Zie in dat verband ook, in het kader van de relatie tussen vakantie en ouderschapsverlof, de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Ministerul Justiției e.a. (C-12/17, EU:C:2018:195, punten 23-29).

53. Volgens verweerster biedt de BRTV-Bau de werknemers in de bouwindustrie een behoorlijk goede bescherming. In het licht van de voordelen die daarin geboden worden, lijkt het ongemak van een lagere vakantievergoeding verwaarloosbaar. Werknemers hebben bijvoorbeeld 30 dagen vakantie met behoud van loon voor een vijfdaagse werkweek, in plaats van 24 dagen voor een zesdaagse werkweek. Het aantal dagen waarop de werknemers recht hebben, wordt niet verminderd wanneer er arbeidstijdverkorting is afgesproken. Bovendien worden bij de berekening van de vakantievergoeding ook de overuren meegenomen.

54. Verweerster voert voorts aan dat de werknemers tijdens de perioden van arbeidstijdverkorting kunnen rusten en zoveel vrijetijdsactiviteiten kunnen ondernemen als zij willen, aangezien zij dan van hun verplichtingen jegens de werkgever ontheven zijn. Bovendien ontvangt de werkgever in de perioden van arbeidstijdverkorting nog steeds een (belastingvrij) minimumbedrag op basis van de toepasselijke tabellen die jaarlijks door de federale regering worden gepubliceerd, ondanks het feit dat de verplichtingen van de werknemer zijn opgeschort. De werkgever blijft ook zijn sociale zekerheidsbijdragen (ziekteverzekering en pensioenbijdragen) volledig afdragen. Tot slot zijn de perioden van arbeidstijdverkorting, die in essentie bedoeld zijn om ontslagen op economische gronden te voorkomen, voorzienbaar, aangezien hiertoe via arbeidsregelingen wordt besloten.

55. De Duitse regering staat op het standpunt dat het berekenen van de vakantievergoeding op basis van het over de referentieperiode *daadwerkelijk ontvangen* brutoloon, met inachtneming van de loonverminderingen op grond van arbeidstijdverkorting, verenigbaar is met het Unierecht. De Duitse regering voert aan dat een regel die op één bepaald onderdeel in het nadeel van de werknemer lijkt te werken, deel uitmaakt van een heel pakket door de sociale partners vastgestelde regels, dat bij het beoordelen van die regel in aanmerking moet worden genomen. Verondersteld mag worden dat de cao billijk is. De mogelijke „negatieve” effecten worden gecompenseerd door andere regels in de cao die voor de werknemers positief uitpakken, zoals de aanvullende betaling van vakantiegeld of een hoger basisloon ter compensatie van de zware omstandigheden die inherent zijn aan het werk in de bouw.

56. Volgens de Commissie hoeft er geen aparte toetsing aan het Handvest plaats te vinden daar artikel 7 van richtlijn 2003/88 een specifieke uitwerking van artikel 31, lid 2, van het Handvest is. De Commissie wijst erop dat de werknemer recht heeft op zijn normale loon, dat berekend wordt op basis van een gemiddelde over een referentieperiode die geacht wordt representatief te zijn. Er zijn geen uitzonderingen op of afwijkingen van dit recht mogelijk. Indien een lidstaat meer dan vier weken vakantie verleent, staat het deze lidstaat vrij de voorwaarden te bepalen en bijvoorbeeld te besluiten of er voor de dagen die niet worden opgenomen een vergoeding wordt toegekend, en te beslissen onder welke voorwaarden dat kan plaatsvinden. Volgens de Commissie is de aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling verenigbaar met richtlijn 2003/88 wanneer is vastgesteld dat het pro-rata-temporisbeginsel bij die wettelijke regeling is omgezet. Het staat aan de verwijzende rechter te bepalen of dit beginsel in de cao die hier aan de orde is, is toegepast.

57. Ik ben het eens met de inleidende opmerking van de Commissie dat het in de onderhavige zaak niet nodig is artikel 31, lid 2, van het Handvest in aanmerking te nemen. Hierin wordt slechts op een algemene en abstracte manier bepaald 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*. In het Handvest wordt niet eens vermeld wat de minimale duur van de gegarandeerde jaarlijkse vakantie moet zijn, laat staan aan welke regels de berekeningsmethode van de vergoeding voor genomen vakantie moet voldoen.

58. Met betrekking tot artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 en de vaste rechtspraak waarin die bepaling wordt uitgelegd, merk ik op dat niets in die bepaling of in de vaste rechtspraak waarin deze wordt uitgelegd voorschrijft hoe de lidstaten de vakantievergoeding precies moeten berekenen. Het enige voorschrift dat hierin is opgenomen, is dat een dergelijk normaal loon niet lager mag uitkomen dan wat minimaal is voorgeschreven, omdat anders het recht op jaarlijkse vakantie zou worden uitgehouden. Op basis van de aan het Hof voorgelegde feiten zie ik niet dat dit risico zich in de onderhavige zaak zou kunnen voordoen.

59. Op grond van de rechtspraak³⁴ moeten werknemers tijdens hun vakantie een *normaal loon* ontvangen, zodat hun situatie in dat geval vergelijkbaar is met de verrichte arbeidsperiodes. Met name moet worden gewaarborgd dat werknemers niet in de verleiding komen hun vakantie *niet* op te nemen, waardoor het recht op vakantie zou kunnen worden uitgehouden.

60. Wat is in de onderhavige zaak uit hoofde van het Unierecht het „normale loon” van een werknemer die vanwege de specifieke kenmerken van de bouwsector regelmatig met arbeidstijdverkorting te maken heeft? Is dat, zoals verzoeker aanvoert, de vergoeding die overeenkomt met de „theoretische” arbeid, dat wil zeggen de vergoeding die de werknemer zou hebben ontvangen als hij gedurende de hele referentieperiode normaal zou hebben gewerkt? Of is het de vergoeding die overeenkomt met de feitelijke arbeid die door de werknemer is verricht?

61. In het arrest Williams oordeelde het Hof dat de vakantievergoeding moet worden vastgesteld in het licht van de *volledige* vergoeding die feitelijk is ontvangen voor de taken die daadwerkelijk op regelmatige basis zijn uitgevoerd.³⁵ Derhalve moet de vakantievergoeding uit hoofde van het Unierecht minimaal de vergoeding zijn die nauw verband houdt met het *daadwerkelijk* uitgevoerde werk. Lidstaten kunnen echter besluiten bepalingen vast te stellen die gunstiger zijn. Indien zij dit doen, dan is dit uitsluitend een zaak van het nationale recht aangezien het op grond van Unierecht niet vereist is verder te gaan dan de vergoeding die overeenkomt met het in de referentieperiode feitelijk uitgevoerde werk.

62. Bovendien kunnen, gelet op het feit dat de vakantievergoeding redelijkerwijs niet los van de duur van de jaarlijkse vakantie kan worden beoordeeld, deze beide elementen op hun beurt niet volledig los worden beschouwd van de bredere structuur waartoe zij behoren. Zoals verweerster en de Duitse regering in hun schriftelijke en mondelinge opmerkingen hebben benadrukt, maakt de aan de orde zijnde regel deel uit van een pakket dat een afspiegeling is van een algeheel belangenevenwicht dat door de sociale partners via de BRTV-Bau is bereikt. Met betrekking tot vakantieregelingen voorziet de BRTV-Bau in een vakantieduur van 30 dagen per jaar, oftewel 10 dagen meer dan wat op grond van richtlijn 2003/88 minimaal is voorgeschreven, ongeacht of de werknemer feitelijk aan het werk is of zich in een periode van gedeeltelijke werkloosheid bevindt. Ten aanzien van de vakantievergoeding worden, wanneer het bedrag van de vakantievergoeding onder invloed van die laatstgenoemde factor *wel* kan variëren, in de berekeningsgrondslag overuren in aanmerking genomen, waardoor deze grondslag wordt verbreed, en wordt op deze grondslag een tamelijk hoog percentage toegepast. Bovendien is het kennelijk zo dat, zoals de Duitse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt, de referentieperiode op het volledige kalenderjaar betrekking heeft, waardoor de perioden van daadwerkelijke arbeid en de perioden van arbeidstijdverkorting met elkaar in evenwicht kunnen worden gebracht. Tot slot, zoals gesteld door verweerster en bevestigd door de Duitse regering,

³⁴ Hierboven beschreven, met name in punt 40.

³⁵ Zie punten 43 en 44 hierboven. Zie in datzelfde verband ook arresten van 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, EU:C:2003:583), en 5 november 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-476/12, EU:C:2014:2332).

krijgen werknemers in perioden van arbeidstijdverkorting niet alleen een bedrag doorbetaald (een uitkering voor arbeidstijdverkorting die door de werkgever wordt betaald en uiteindelijk door het Duitse arbeidsbureau wordt vergoed³⁶), maar vallen zij ook nog steeds onder de verzekeringsstelsels voor ziektekosten en pensioen.

63. De BRTV-Bau moet, binnen bepaalde grenzen, worden uitgelegd als de uitkomst van een „algehele afweging” en de ingestelde complexe structuren betekenen dat de afzonderlijke regels ervan niet op zichzelf staand moeten worden gelezen, maar als onderdeel van een pakket.³⁷ Vanuit het oogpunt van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zoals gegarandeerd overeenkomstig richtlijn 2003/88 blijft het uitgangspunt dat de kern van het recht op jaarlijkse vakantie niet mag worden aangetast. Het klopt inderdaad dat dit laatste een autonoom recht is dat een specifiek doel dient. Derhalve kunnen mogelijke nadelige gevolgen voor de jaarlijkse vakantie niet met andere soorten uit de BRTV-Bau voortvloeiende sociale voordelen worden „gecompenseerd”. Als er dus al sprake is van „compensatie” tussen bepaalde voor- en nadelen, moet deze *binnen* de regelingen voor jaarlijkse vakantie plaatsvinden. Het feit dat een cao in andere opzichten heel gunstig kan zijn, mag er zeker niet toe leiden dat de essentie van het recht op jaarlijkse vakantie wordt aangetast.

64. Hoewel het uiteindelijk aan de verwijzende rechter staat om dit te beoordelen, lijkt dat hier niet het geval te zijn. De sociale partners in Duitsland hebben gekozen voor de oplossing van meer vakantiedagen en een vakantievergoeding die bij de berekening van de jaarlijkse vakantie onder meer rekening houdt met overuren *maar ook* met arbeidstijdverkorting. Die keuze van de sociale partners lijkt werknemers er niet van te weerhouden gebruik te maken van hun recht op vakantie, juist integendeel. Dat hetzelfde bedrag over meer dagen wordt verspreid kan zelfs worden beschouwd als een stimulans voor werknemers om de 30 dagen vakantie volledig op te nemen en zo het volledige jaarlijkse bedrag voor vakantievergoeding waarop zij uit hoofde van de BRTV-Bau recht hebben, te ontvangen. Derhalve lijken de laatstgenoemde vakantieregelingen geen afbreuk te doen aan de kern van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

65. Aan deze slotsom wordt niet afgedaan door de – ter terechtzitting uitvoerig besproken – vraag of het pro-rata-temporisbeginsel op de onderhavige zaak kan worden toegepast. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie gesuggereerd dat het geval dat hier aan de orde is, vergelijkbaar is met dat van deeltijdwerknemers. Dientengevolge zou het pro-rata-temporisbeginsel, hoewel dit ogenschijnlijk verondersteld wordt niet van toepassing te zijn op de duur van de vakantie (in alle omstandigheden geldt hiervoor een minimum van vier weken), in de onderhavige zaak wel van toepassing moeten zijn op de vakantievergoeding.

66. Ter ondersteuning van haar argument verwees de Commissie naar het arrest Heimann.³⁸ Het klopt dat het Hof in dit arrest heeft vastgesteld dat „werknemers met arbeidstijdverkorting moeten worden aangemerkt als ‚tijdelijke deeltijdwerknemers’, aangezien hun situatie *de facto* vergelijkbaar is met die van deeltijdwerknemers”.³⁹ Vervolgens paste het Hof het pro-rata-temporisbeginsel toe op een vorm van arbeidstijdverkorting om (de duur van) de jaarlijkse vakantie te berekenen.

67. De feiten in de zaak Heimann hadden echter betrekking op een volledige opschorting van zowel de werknemers- als de werkgeversverplichtingen, een volledige „arbeidstijdverkorting tot nul” die gedurende een jaar na de daadwerkelijke beëindiging van het dienstverband van Heimann op grond van een overeengekomen sociaal plan werd toegepast. Het was in dit kader dat het *nationale recht bepaalde* dat een aanspraak op vakantie bij een „arbeidstijdverkorting tot nul” op basis van het pro-rata-temporisbeginsel moest worden berekend. De door de verwijzende rechter in die zaak

36 Ter terechtzitting verklaarde de Duitse regering dat de uitkering voor arbeidstijdverkorting ten minste 60 % van het loon van de werknemer bedraagt.

37 Zie de punten 34 en 35 van deze conclusie.

38 Arrest van 8 november 2012, Heimann en Toltschin (C-229/11 en C-230/11, EU:C:2012:693).

39 Arrest van 8 november 2012, Heimann en Toltschin (C-229/11 en C-230/11, EU:C:2012:693, punt 32).

gestelde vraag was of het Unierecht in de weg stond aan de nationale bepalingen op grond waarvan het pro-rata-temporisbeginsel in dergelijke situaties werd toegepast, met als gevolg dat indien er in dat jaar geen daadwerkelijk werk werd verricht, het aantal voor de berekening van de vakantie opgebouwde dagen ook nul zou zijn.

68. Het was in die specifieke context dat het Hof antwoordde, door *de facto* een parallel te trekken tussen werknemers met arbeidstijdverkorting en tijdelijke deeltijdwerkers, dat het Unierecht *niet in de weg staat aan* aldus gestructureerde nationale bepalingen d.

69. Wat de Commissie nu in feite in deze zaak suggereert, is een driedubbele uitbreiding van het arrest Heimann. Ten eerste zou arbeidstijdverkorting binnen een anderszins ogenschijnlijk vast dienstverband voor alle praktische doeleinden als deeltijdwerk moeten worden beschouwd. Ten tweede zou het pro-rata-temporisbeginsel dan niet alleen op de *duur* van de vakantie, maar in feite ook op de *vergoeding* voor vakantie van toepassing zijn. Ten derde zou de toepasbaarheid van het pro-rata-temporisbeginsel dan, onder bepaalde voorwaarden, worden veranderd van een voor de lidstaten optioneel instrument waartegen het Unierecht zich niet verzet, in een door het Unierecht aan de lidstaten opgelegde verplichting, op grond waarvan zij verplicht zouden zijn te controleren of zij al dan niet aan de minimumnormen van het Unierecht voldoen.

70. Daarnaast zou deze door de Commissie voorgestelde driedubbele uitbreiding in de context van de onderhavige zaak mogelijk tot een tamelijk tegenstrijdig resultaat kunnen leiden: namelijk de lidstaten de beoordelingsvrijheid ontnemen die hun uit hoofde van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 toekomt, om de normale vakantievergoeding te berekenen, teneinde de bescherming van werknemers die in een bepaalde sector reeds bestaat, te *verlagen*.

71. Al deze elementen onderstrepen naar mijn mening de noodzaak de oorspronkelijke constatering in de punten 58 en 59 van deze conclusie te bevestigen: in zaken als de onderhavige bevat het Unierecht eenvoudigweg geen nauwkeurige regels voor de berekening van vakantievergoedingen. Het staat aan de lidstaten om aan deze regels vorm te geven, mits de essentie van het recht op vakantie met behoud van loon daardoor niet wordt ondermijnd.

72. Gelet op het voorgestelde antwoord op de eerste prejudiciële vraag van de verwijzende rechter, behoeft niet te worden ingegaan op de tweede vraag.

V. Conclusie

73. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag van het Arbeitsgericht Verden als volgt te beantwoorden:

„– 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, verzet zich niet tegen een nationale regeling zoals die aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan loonverminderingen die in de berekeningsperiode worden toegepast ten gevolge van gedeeltelijke werkloosheid (arbeidstijdverkorting), de berekening van het vakantieloon zodanig beïnvloeden dat de vakantievergoeding die de werknemer voor de duur van de jaarlijkse vakantie van minstens vier weken ontvangt of de financiële vergoeding die hij bij beëindiging van het dienstverband ontvangt voor de niet opgenomen vakantiedagen, lager is dan hetgeen hij zou hebben ontvangen wanneer de berekening van de vakantievergoeding was gebaseerd op het gemiddelde arbeidsloon dat de werknemer in de berekeningsperiode zonder dergelijke loonverminderingen zou hebben ontvangen. Het staat echter uiteindelijk aan de verwijzende rechter om in het licht van de algehele opzet van de federale collectieve kaderovereenkomst voor de bouwsector en met name de daarin opgenomen vakantieregelingen, te beoordelen of de kern van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet wordt ondermijnd door die regels.”