

## Afschrijven van vakantiedagen tijdens ziekte

Als een werknemer ziek is, dan bouwt de werknemer gewoon vakantiedagen op (dat wisten we al natuurlijk). *Maar mag een werkgever vakantiedagen tijdens ziekte zomaar afboeken als een werknemer tijdens een vastgestelde vakantie (voordat de werknemer ziek werd) met 'toestemming' van de bedrijfsarts met vakantie gaat?*

De Hoge Raad heeft hierover op 17 november 2023 ([ECLI:NL:HR:2023:1603](#)) een belangrijke uitspraak gedaan. Het gaat in deze zaak om een werknemer, die voordat hij ziek werd, met zijn werkgever had afgesproken dat hij voor een langere tijd met vakantie zou gaan. Vervolgens is de werknemer ziek geworden (en gaat ook daadwerkelijk met vakantie), maar stelt dat zijn werkgever deze vakantiedagen niet mag afboeken van zijn vakantiesaldo.

### *Hoe zit dat?*

In artikel 7:638 lid 8 BW is bepaald dat als een werknemer tijdens een vastgestelde vakantie ziek is niet als vakantiedagen gelden, tenzij de werknemer daarmee instemt. Lees [hier](#) de wettekst.

De werknemer in de kwestie die aan de Hoge Raad werd voorgelegd, stelt dat hij niet had ingestemd met het afboeken van zijn vakantiedagen (ondanks dat hij dus wel daadwerkelijk met vakantie ging). Het gerechtshof 's-Hertogenbosch – in tegenstelling tot de kantonrechter – heeft de werknemer in het gelijk gesteld en oordeelde dat de werknemer niet expliciet had ingestemd met het afboeken van de vakantiedagen. De werkgever was het niet eens met dit oordeel en heeft de zaak aan de Hoge Raad voorgelegd. De werkgever vindt namelijk dat de werknemer wél expliciet had ingestemd het afboeken van de vakantiedagen tijdens ziekte. De werknemer heeft immers kenbaar gemaakt aan zijn leidinggevende en de bedrijfsarts dat hij (ondanks ziekte) met vakantie wilde gaan (en is ook gegaan).

### *Wat vindt de Hoge Raad?*

Volgens de Hoge Raad ziet artikel 7:638 lid 8 BW alleen op het verrekenen van vakantiedagen als de werknemer ziek wordt voor of tijdens een vakantie die al was vastgesteld voordat de werknemer ziek werd. Aldus de Hoge Raad volgt uit de memorie van toelichting (de wetsgeschiedenis bij dit artikel) dat de regeling als doel heeft ervoor te zorgen dat een werknemer die voor of tijdens een reeds vastgestelde vakantie ziek wordt, zijn vakantiedagen behoudt, zodat deze op een later moment ingezet kunnen worden. Om die reden vindt de Hoge Raad dat een werknemer *uitdrukkelijk en gericht* moet instemmen met het afboeken van vakantiedagen tijdens een al vastgestelde vakantieperiode als een werknemer later ziek wordt. Daarvan is in dit geval volgens de Hoge Raad geen sprake; het enkel kenbaar maken aan een leidinggevende en de bedrijfsarts dat de werknemer nog met vakantie wil is voor het

uitdrukkelijk en gericht instemmen onvoldoende.

Kortom: voor het aannemen van een uitdrukkelijk en gerichte instemming is dus onvoldoende dat een zieke werknemer voordat zijn vastgestelde vakantie is aangevangen aan de bedrijfsarts en zijn leidinggevende kenbaar maakt dat hij tijdens ziekte nog steeds met vakantie wil gaan. Des te meer reden voor de werkgever aan de werknemer een schriftelijke instemming te vragen voor het afboeken van de vakantiedagen!

Let op: in dit arrest bespreekt de Hoge Raad ook de situatie het opnemen van vakantiedagen tijdens ziekte. Daarvan zegt de Hoge Raad – kort gezegd – dat zieke werknemers die kunnen re-integreren ook vakantiedagen moeten opnemen en voor hen geldt dan ook de vervaltermijn van artikel 7:640a BW van de wettelijke vakantiedagen. Kan de zieke werknemer niet re-integreren (GBM), dan geldt de vervaltermijn van de wettelijke vakantiedagen niet!

**Datum**

07 december 2023

**Auteur**

Stéphanie Heijtlager