

# Regelingen over werktijden, wekelijkse rusttijd en vakantieverlof in een Europese context bezien

TRA 2022/22

**Het toezichthoudend orgaan op naleving van de verdragsverplichtingen van het ESH heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de situatie in Nederland wat betreft werktijden, wekelijkse rusttijd en het jaarlijks wettelijk vakantieverlof niet in overeenstemming is met art. 2 ESH over het recht op billijke arbeidsvoorwaarden. In dit artikel wordt besproken op welke punten de Nederlandse situatie in strijd is met het ESH. In dat kader is ook een vergelijking gemaakt tussen de eisen op grond van het ESH en op grond van de Europese Arbeidstijdenrichtlijn. Als EU-lidstaat moet Nederland zich immers ook aan deze regelgeving houden. Tot slot komt aan de orde welke maatregelen getroffen zouden kunnen worden om te voldoen aan de verdragsverplichtingen van het ESH en deels ook die van de EU.**

## 1. Inleiding

De situatie in Nederland lijkt wat betreft de werktijden, de wekelijkse rusttijd en het wettelijk vakantieverlof op het eerste gezicht goed geregeld. Het Europees Comité voor Sociale Rechten (verder: het Comité) heeft echter in de Conclusies 2010, 2014 en 2018 herhaaldelijk geoordeeld dat de Nederlandse situatie niet in overeenstemming is met verschillende onderdelen van art. 2 Europees Sociaal Handvest (ESH) over het recht op billijke arbeidsvoorwaarden.<sup>2</sup>

Het is opmerkelijk dat het Comité tot het oordeel van de verdragschending kwam omdat de in art. 2 ESH geformuleerde rechten die geschonden waren, overeenstemmen met gelijklopende rechten die in het Europees recht voorkomen. De onderdelen van de rechten van art. 2 ESH die overeenkomen met het Europees recht zijn art. 2 lid 1, 3 en 5 ESH. Art. 2 lid 1 ESH bevat een verplichting voor de Staat tot het vaststellen van redelijke dagelijkse en wekelijkse arbeidstijden. Volgens art. 2 lid 5 ESH dient de Staat een wekelijkse rusttijd te waarborgen. En volgens art. 2 lid 3 ESH dient de Staat een jaarlijks verlof van tenminste vier weken met behoud van loon te garanderen. Deze rechten zijn voor wat betreft het Europees recht opgenomen in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (verder: Handvest). Volgens art. 31 lid 2 Hand-

vest heeft de werknemer recht op een beperking van de maximumarbeidsduur, op dagelijkse en wekelijkse rusttijden en op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Volgens de toelichting op art. 31 lid 2 Handvest is lid 2 onder meer gebaseerd op art. 2 ESH. Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (verder: Arbeidstijdenrichtlijn) bevat een nadere regeling over de arbeidstijden, dagelijkse en wekelijkse rusttijden en jaarlijks verlof met behoud van loon.<sup>3</sup> De bepalingen van de Arbeidstijdenrichtlijn vormen een nadere uitwerking van het fundamentele recht van art. 31 lid 2 Handvest.<sup>4</sup> De Nederlandse situatie zou door de implementatie hiervan in de Arbeidstijdenwet, het Arbeidstijdenbesluit en in Titel 7.10 BW, in overeenstemming moeten zijn met de Arbeidstijdenrichtlijn.

Nu het Comité herhaaldelijk heeft geoordeeld dat de Nederlandse situatie niet in overeenstemming is met verschillende onderdelen van art. 2 ESH, dringt de vraag zich op in hoeverre de eisen die het ESH stelt verschillen met die van de Arbeidstijdenrichtlijn. Daarmee hangt samen de vraag welke maatregelen er getroffen kunnen worden in de regelgeving of praktijk om de Nederlandse situatie in overeenstemming te brengen met deze eisen van het ESH.

Hieronder ga ik in op de voornaamste onderwerpen waarop de kritiek van het Comité toeziet. Deze onderwerpen betreffen de regeling van de arbeidstijden, de wekelijkse rusttijd en het jaarlijks verlof. Daarbij komt tevens aan bod in hoeverre de verdragsverplichting van het ESH verschilt met die van de Arbeidstijdenrichtlijn. Soms wordt ook stilgestaan bij de (strijdigheid van de) wijze waarop Nederland deze EU-richtlijn heeft geïmplementeerd. Ten slotte ga ik in op de te nemen maatregelen om de situatie in Nederland in overeenstemming te brengen met de eisen van het ESH.

## 2. Arbeidstijden

Art. 2 lid 1 ESH bevat een verplichting voor verdragspartijen om 'redelijke' dagelijkse en wekelijkse arbeidstijden vast te stellen waarbij de werkweek geleidelijk dient te worden verkort voor zover de vermeerdering van de productiviteit en andere factoren die van invloed zijn dat toelaten. Deze norm kan gekarakteriseerd worden als een dynamische bepaling waarbij de 'redelijkheid' van de arbeidstijden van tijd

<sup>1</sup> Ivo van der Helm is universitair docent Arbeidsrecht en Sociaal Beleid aan de Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> European Committee of Social Rights, Conclusions 2010 (Netherlands); European Committee of Social Rights, Conclusions 2014 (Netherlands); European Committee of Social Rights, Conclusions 2018 (Netherlands).

<sup>3</sup> Zie over deze richtlijn: J. Popma & W. Roozendaal, 'Arbeidsomstandigheden en arbeidstijden' in: S.S.M. Peters & F.J.L. Pennings (red.), *Europees arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht nr. 2), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 364-381.

<sup>4</sup> HvJ EU 14 mei 2019, zaak C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO/Deutsche Bank), r.o. 31.

tot tijd kan verschillen en moet worden beoordeeld in het licht van de betreffende situatie in een land.<sup>5</sup> Dat blijkt duidelijk uit de beoordeling van de werktijden in Nederland.

In Conclusie 2010 overwoog het Comité dat de absolute grenzen voor de dagelijkse en wekelijkse werktijden die volgen uit art. 5:7 lid 2 en lid 3 Arbeidstijdenwet (Artw) in overeenstemming zijn met art. 2 lid 1 ESH. Het Comité merkte hierbij wel op dat de herziene Arbeidstijdenwet 2007 sociale partners en werkgevers meer vrijheid geeft om de werktijden te bepalen.<sup>6</sup> Bij collectieve regeling, een cao of een afspraak met de ondernemingsraad, kan de werkgever namelijk van de maximale werktijden van art. 5:7 lid 3 Artw afwijken met dien verstande dat de werknemer met inachtneming van art. 5:7 lid 2 Artw maximaal 60 uur per week en gemiddeld 48 uur per week in een periode van 16 aaneengesloten weken werkt (art. 5:7 lid 4 Artw).

Eerder oordeelde het Comité echter dat de situatie in Nederland vanwege het flexibele systeem van het regelen van de werktijden onder de Arbeidstijdenwet 1995 niet in overeenstemming was met art. 2 lid 1 ESH. De wettelijke bepalingen over het opstellen van afwijkende werktijden boden immers onvoldoende garanties voor collectieve onderhandelingen om de werknemers te beschermen met als gevolg dat de maximale werktijden zoals voorzien in de flexibele regelingen, onredelijk konden zijn. Het Comité vond in deze omstandigheden een werkweek die bij de flexibele regelingen kon oplopen tot 60 uur per week onredelijk.<sup>7</sup> Het is daarom opmerkelijk dat het Comité dit oordeel niet herhaalde bij de beoordeling van de situatie onder de Arbeidstijdenwet 2007. Want juist door deze wet heeft de werknemer minder bescherming gekregen bij het vaststellen van de werktijden; de bandbreedte van de door de werkgever vast te stellen werktijden is immers verruimd. De wet geeft aan de werkgever ruimere mogelijkheden om langere werktijden vast te stellen en hij heeft hierbij meer flexibiliteit door hiervoor een van de wet afwijkende regeling te treffen met de vakbonden of de ondernemingsraad.<sup>8</sup> Het Comité had bij de beoordeling van de Arbeidstijdenwet 2007 wel kennisgenomen dat de SER de wijziging van de Arbeidstijdenwet ondersteunde maar de voorkeur gaf om een hoger niveau van wettelijke bescherming te behouden. Voorts had FNV Bondgenoten ook kri-

etiek op de nieuwe Arbeidstijdenwet omdat deze meende dat sindsdien de maximumwerktijden aanzienlijk waren gestegen.<sup>9</sup> Maar desondanks kwam het Comité in Conclusie 2010 tot het oordeel dat de werktijden 'redelijk' waren.

Het Comité heeft bij de beoordeling van de regeling van de werktijden in Nederland in de Conclusies 2010, 2014 en 2018 voornamelijk kritiek geuit dat de wettelijke maximale werktijden niet van toepassing zijn op bepaalde groepen werknemers en er voor hen ook geen andere wettelijke regelingen gelden die de werktijden regelen. Van de werkingssfeer van de Arbeidstijdenwet zijn namelijk voor bepaalde categorieën werknemers uitzonderingen gemaakt wat betreft de toepassing van de wet.<sup>10</sup> Zo zijn de maximale werktijden en minimumrusttijden niet van toepassing op onder andere de professioneel sporters, wetenschappelijk onderzoekers wier onderzoek dat noodzakelijk maakt, artiesten, acteurs en musici. En daarnaast zijn de regelingen niet van toepassing op de medisch specialist, huisarts of tandarts (art. 2:1:2 lid 3 Arbeidstijdenbesluit). Verder zijn op werknemers die meer dan driemaal het minimumloon verdienen niet de maximale werktijden en minimumrusttijden van toepassing (art. 2:1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenbesluit).

Het Comité overwoog in Conclusie 2014 dat in afwezigheid van wettelijke grenzen van de dagelijkse en wekelijkse werktijden voor deze hiervoor genoemde categorieën werknemers, er geen garanties zijn dat in situaties die niet beschouwd kunnen worden als exceptionele omstandigheden, deze werknemers toch op onredelijke dagelijkse en wekelijkse werktijden moeten werken. Volgens het Comité levert de uitsluiting van de categorieën werknemers van de wettelijke bescherming een schending op van art. 2 lid 1 ESH.<sup>11</sup>

Het overlegde rapport van de regering voor de volgende beoordelingsperiode gaf aan dat, hoewel er geen wettelijke regelingen zijn voor de werktijden voor deze categorieën werknemers, de uitzondering van deze categorieën werknemers was gemaakt na overleg met de sociale partners en de betrokken representatieve organisaties. Het onderwerp van de werktijden voor deze categorieën werknemers zou wel geregeld zijn in verschillende overeenkomsten gesloten binnen de betrokken professionele organisaties. Het Comité nam in Conclusie 2018 kennis van de in het rapport door de regering aangevoerde redenen om een uitzondering te maken. Het vroeg daarom de Nederlandse regering in het volgende rapport meer informatie te geven over deze overeenkomsten. Het maakte hierbij wel de kanttekening dat het wettelijk kader niet definieert wat de onderhandelingsruimte is voor collectieve en individuele onderhande-

5 R. Birk, 'European Social Charter', p. 87-89 in: F. Hendrickx (red.), *International Encyclopaedia of Laws Labour Law*, Kluwer Law International: 2007; A.M. Swiatkowski, 'Council of Europe', p. 83 in: F. Hendrickx (red.), *International Encyclopaedia of Laws Labour Law*, Kluwer Law International: 2021.

6 Conclusions 2010 (Netherlands), Article 2-1. Zie over de herziene Arbeidstijdenwet uit 2007: W.L. Roozendaal, 'The times they are a-changin. Wijziging van werktijden en het belang van de werknemer', *SMA 2007*, p. 45 e.v.; E.S. de Bock, 'Wet vereenvoudiging Arbeidstijdenwet', *AR 2007/19*.

7 Conclusions XIV-2 (Netherlands), Article 2-1; Conclusions XVI-2 (Netherlands), Article 2-1; Zie ook: R. Birk, 'European Social Charter', p. 93 in: F. Hendrickx (red.), *International Encyclopaedia of Laws Labour Law*, Kluwer Law International: 2007.

8 Zie voor een uitvoerige beschouwing hierover: W.L. Roozendaal, 'The times they are a-changin. Wijziging van werktijden en het belang van de werknemer', *SMA 2007*, p. 45 e.v.

9 Conclusions 2010 (Netherlands), Article 2-1.

10 De uitzonderingen zijn gemaakt in het op grond van art. 2:1 Arbeidstijdenwet genomen Arbeidstijdenbesluit.

11 Conclusions 2014 (Netherlands), Article 2-1. Zie ook: A.M. Swiatkowski, 'Council of Europe', p. 87 in: F. Hendrickx (red.), *International Encyclopaedia of Laws Labour Law*, Kluwer Law International: 2021.

lingen, en daarom onvoldoende waarborgen biedt voor redelijke dagelijkse en wekelijkse werktijden. Het Comité herhaalde daarom dat de Nederlandse situatie wat dit punt betreft niet in overeenstemming is met art. 2 lid 1 ESH.<sup>12</sup>

De achterliggende reden die ten grondslag ligt aan het oordeel van het Comité dat de maximum wettelijke werktijden ook voor de genoemde uitgezonderde categorieën werknemers moeten gelden, volgt uit de verplichting tot uitvoering van de verbintenissen voor de Staat die volgen uit het ESH. Art. 2 lid 1 ESH is immers pas nagekomen als deze wordt toegepast op de overgrote meerderheid van de betrokken werknemers (art. 1 lid 2 ESH). Dat houdt in dat het recht moet worden toegepast op tenminste 80% van de werknemers.<sup>13</sup> Dat het op de overgrote meerderheid van de werknemers van toepassing moet zijn, betekent ook dat niet een grote groep personen die een specifieke categorie vormt, uitdrukkelijk uitgesloten mag worden van de werkingssfeer van een regeling.<sup>14</sup>

Volgens de Nederlandse regering zijn de uitzonderingen voor de genoemde categorieën werknemers in overeenstemming met art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn.<sup>15</sup> Deze bepaling biedt een mogelijkheid voor een lidstaat om af te wijken voor 'autonome' werknemers wanneer wegens de bijzondere kenmerken van de verrichte werkzaamheden de duur van de verrichte werkzaamheden niet wordt gemeten of vooraf is bepaald, dan wel door de werknemers zelf kan worden bepaald (art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn).<sup>16</sup> Dit betekent dat deze autonome werknemers volledig uitgesloten zijn van de bepalingen van de minimumrusttijden en de maximale werktijden van de Richtlijn en zij geen recht hebben op compenserende rusttijden.<sup>17</sup> Het gaat er bij deze autonome werknemers om dat de 'gehele' arbeidstijd niet wordt gemeten, van tevoren bepaald is of door de werknemer zelf kan worden bepaald.<sup>18</sup> Het is hierbij essentieel dat de werknemer zelf bepaalt hoeveel uur deze werkt en de werktijden zelf kan inplannen.<sup>19</sup> Bij de van de werking van de Arbeidstijdenwet uitgezonderde beroepen, zoals de professioneel sporter, artiest, acteur, musicus, medisch specialist, huisarts of tandarts en som-

mige wetenschappelijk onderzoekers (art. 2.1:2 lid 3 Arbeidstijdenbesluit), kan mijns inziens niet gezegd worden dat per definitie de gehele duur van de werkzaamheden onbepaald is dan wel uitsluitend door hen zelf wordt bepaald. De uitzondering in art. 2.1:2 lid 3 Arbeidstijdenbesluit voor de genoemde categorieën werknemers lijkt mij daarom te algemeen geformuleerd om te kunnen voldoen aan het criterium van art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn en is daarmee strijdig.

In zijn interpretatieve mededeling over de Arbeidstijdenrichtlijn uit 2017 liet de Europese Commissie zich expliciet kritisch uit over de uitzondering voor wat betreft de werknemers die meer dan driemaal het minimumloon verdienen (art. 2.1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenbesluit). Volgens de Commissie wordt met dit criterium 'niet noodzakelijkerwijs' voldaan aan de geboden uitzonderingsmogelijkheid van art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn.<sup>20</sup> Inderdaad volgt uit de hoogte van het inkomen van een werknemer niet dat zijn werktijd onbepaald is of dat deze die autonoom zelf kan bepalen. De categorische uitsluiting van werknemers vanwege de hoogte van hun inkomen lijkt (ook) mij daarom in strijd met art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn. Recent heeft het Hof Amsterdam deze kwestie op scherp gesteld door ambtshalve de vraag op te werpen of genoemde uitzonderingsbepaling in het Arbeidstijdenbesluit al dan niet verenigbaar is met art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn.<sup>21</sup> Volgens het Hof van Justitie mogen de bepalingen van de Arbeidstijdenrichtlijn met name niet restrictief worden uitgelegd ten koste van de rechten die de werknemer aan die richtlijn ontleent om de naleving van het fundamentele recht van art. 31 lid 2 Handvest te garanderen.<sup>22</sup> Vanwege het bijzondere belang van de bepalingen van de arbeidstijden en de verplichting van de rechter om de nationale bepalingen richtlijnconform uit te leggen, heeft het Hof Amsterdam de zaak aangehouden om partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over de vraag of de werknemer een autonome beslissingsbevoegdheid had ten aanzien van de werktijden dan wel dat haar werkzaamheden wegens de bijzondere kenmerken niet konden worden gemeten of vooraf worden bepaald.<sup>23</sup>

De Arbeidstijdenrichtlijn staat het dus in tegenstelling tot het ESH toe dat vanwege de aard van de arbeid een specifieke categorie werknemers wordt uitgesloten van de wettelijke regeling over de arbeidstijden zonder dat er een specifieke regeling over arbeidstijden van toepassing is. Tegelijkertijd lijkt Nederland deze mogelijkheid in de Arbeidstijdenrichtlijn (veel) te ruim geïnterpreteerd te hebben.

12 Conclusions 2018 (Netherlands), Article 2-1.

13 European Committee of Social Rights, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 2018, p. 237.

14 European Committee of Social Rights, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 2018, p. 237; European Committee of Social Rights, *Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC v. France*, Complaint No. 9/2000, 16 november 2001, par. 39-41.

15 Conclusions 2014 (Netherlands), Article 2-1. Zie ook: Nota van Toelichting bij Arbeidstijdenbesluit (1995), *Stb.* 1995, 599, p. 34.

16 Zie hierover: Europese Commissie, Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, C/2017/2601, p. 44-45.

17 Europese Commissie, Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, C/2017/2601, p. 46.

18 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-484/04, ECLI:EU:C:2006:526 (*Commissie/VK en Noord-Ierland*), r.o. 20.

19 Europese Commissie, Interpretatieve mededeling over Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, C/2017/2601, p. 44-45.

20 Verslag van de Europese Commissie over de uitvoering door de lidstaten van Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, COM/2017/0254 final, p. 10.

21 Hof Amsterdam 16 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3519, r.o. 3.5.9.

22 HvJ EU 14 mei 2019, zaak C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 (*CCOO/Deutsche Bank*), r.o. 32.

23 Hof Amsterdam 16 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3519, r.o. 3.5.9.

### 3. Wekelijkse rusttijd

Art. 2 lid 5 ESH bevat een verplichting voor de verdragspartij om een wekelijkse rusttijd te waarborgen die zoveel mogelijk samenvalt met de dag die volgens traditie of gewoonte in het land als rustdag wordt erkend. De wekelijkse rusttijd is volgens de Arbeidstijdenwet tenminste 36 uur in een periode van aaneengesloten 7 dagen of 72 uur in een periode van aaneengesloten 14 dagen waarbij de rusttijd kan worden gesplitst in een rustperiode van ten minste 32 uur (art. 5:5 lid 2 Artw). De rusttijd wordt daarom genoten nadat de werknemer in een aaneengesloten periode van maximaal 11 dagen gewerkt heeft. In het geval er gewerkt is na een aaneengesloten periode van 11 dagen heeft de werknemer een rustperiode van 3 dagen. Van deze hoofdregel is voor bepaalde sectoren afgeweken. Zo is het bijvoorbeeld in de sector mijnbouw of in de sector windparken mogelijk dat een werknemer 14 dagen aaneengesloten werkt voordat deze een rustperiode geniet van 14 dagen (art. 5.14:2 en art. 5.17:2 Arbeidstijdenbesluit).

Het Comité heeft bezwaar tegen een lang uitstel van de wekelijkse rustperiode. Het bracht in Conclusie 2014 in herinnering dat de wekelijkse rustperiode uitgesteld mag worden naar de volgende week zolang de werknemer niet meer dan 12 aaneengesloten dagen werkt voordat hij een tweedaagse rustperiode heeft. Omdat in Nederland in bepaalde sectoren onvoldoende gewaarborgd is dat werknemers niet meer dan 12 opeenvolgende dagen werken voordat ze een rustperiode hebben, is de situatie in Nederland niet in overeenstemming met art. 2 lid 5 ESH, zo oordeelde het Comité in 2014.<sup>24</sup> Aangezien in de volgende beoordelingsperiode hierin niets was veranderd herhaalde het Comité dit oordeel in Conclusie 2018.<sup>25</sup>

De uitzonderingen voor de wekelijkse rusttijd in het Arbeidstijdenbesluit zijn wel in overeenstemming met de Arbeidstijdenrichtlijn. Het recht van iedere werknemer op een wekelijkse rusttijd is nader geregeld in art. 5 Arbeidstijdenrichtlijn. De wekelijkse rusttijd behelst dat de werknemer voor elk tijdvak van 7 dagen een ononderbroken minimumrusttijd van tenminste 24 uur moet genieten waaraan de dagelijkse rusttijd van 11 uur (art. 3 Arbeidstijdenrichtlijn) is toegevoegd (art. 5 Arbeidstijdenrichtlijn). De wekelijkse rusttijd bedraagt daarom een ononderbroken periode van 35 uur. De wekelijkse rusttijd van art. 5 Arbeidstijdenrichtlijn is echter niet van toepassing op mobiele werknemers en werknemers die offshore werkzaamheden verrichten (art. 20 Arbeidstijdenrichtlijn). Evenmin is deze rusttijd van toepassing op werknemers aan boord van zeevissersvaartuigen (art. 21 Arbeidstijdenrichtlijn). Van de minimumbepaling over de wekelijkse rusttijd (art. 5 Arbeidstijdenrichtlijn) kan ook vanwege de aard van de arbeid, mits de werknemers 'ge-

lijkwaardige compensatie' wordt geboden, of in uitzonderlijke gevallen waarin dit op objectieve gronden niet mogelijk is in ieder geval een 'passende bescherming' wordt geboden, van de rusttijden worden afgeweken bij wet, cao of bedrijfsakkoord (art. 17 lid 2 Arbeidstijdenrichtlijn). In art. 17 lid 3 Arbeidstijdenrichtlijn worden de soort werkzaamheden of de sectoren genoemd waarbij de afwijking is toegestaan. De Arbeidstijdenrichtlijn geeft verder geen normen waaraan de afwijkende regels moeten voldoen.

Er is daarom een groot verschil tussen het recht op de wekelijkse rusttijd in het ESH en in de Arbeidstijdenrichtlijn. Volgens het ESH is een uitstel van de wekelijkse rusttijd naar een volgende week mogelijk, maar dient voorkomen te worden dat de werknemer langer dan 12 aaneengesloten dagen werkt voordat hij een tweedaagse rustperiode geniet. In de Arbeidstijdenrichtlijn is afwijking van de wekelijkse rusttijd voor bepaalde sectoren mogelijk waarbij er geen normen gelden ten aanzien van het uitstel van de rusttijd.

### 4. Jaarlijks verlof

De verdragspartij bij het ESH verbindt zich op grond van art. 2 lid 3 ESH een jaarlijks verlof van tenminste vier weken met behoud van loon te waarborgen. Dit stemt overeen met art. 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn volgens welke bepaling de werknemer jaarlijks recht heeft op een vakantie met behoud van loon van tenminste vier weken. Nederlandse wetgeving voldoet aan deze normen. De werknemer heeft recht op een wettelijke jaarlijkse minimumvakantie van vier weken (art. 7:634 lid 1 BW) en hij behoudt gedurende deze vakantie zijn recht op loon (art. 7:639 lid 1 BW). De werkgever moet de werknemer ieder jaar in de gelegenheid stellen de minimumvakantie op te nemen waarop deze recht heeft (art. 7:638 lid 1 BW). De vaststelling van de vakantie geschiedt vervolgens in principe volgens de wens van de werknemer die hiervoor een verlofaanvraag indient (art. 7:638 lid 1 BW).

Het toezicht door het Comité over dit onderwerp concentreerde zich in de Conclusies 2010, 2014 en 2018 voornamelijk op het uitstellen van de vakantie en het meenemen van minimumvakantiedagen naar een volgend jaar.<sup>26</sup> In 2007 had het Comité in de beoordelingscyclus over de situatie in Nederland al overwogen dat de bepaling van art. 2 lid 3 ESH strekt ter bescherming van de werknemer, namelijk voor diens veiligheid op het werk en zijn gezondheid. Het positieve effect dat verlof heeft op zijn veiligheid en gezondheid wordt geoptimaliseerd indien dat verlof wordt opgenomen in hetzelfde jaar waarvoor dat verlof bedoeld is. Uitstel van het jaarlijks verlof is volgens de normen van het ESH alleen mogelijk voor zover het meer dan twee weken bedraagt. En het uitstel is alleen mogelijk

<sup>24</sup> Conclusions 2014 (Netherlands), Article 2-5.

<sup>25</sup> Conclusions 2018 (Netherlands), Article 2-5.

<sup>26</sup> Conclusions 2010 (Netherlands), Article 2-3; Conclusions 2014 (Netherlands), Article 2-3; Conclusions 2018 (Netherlands), Article 2-3.



in bepaalde wettelijk omschreven omstandigheden waarvan de aard het uitstel rechtvaardigt. Daarom vroeg het Comité de Nederlandse regering om informatie te verstrekken in hoeverre het wettelijke minimumverlof mag worden uitgesteld.<sup>27</sup>

Uit de overlegde rapportage bleek dat niet opgenomen dagen wel meegenomen mogen worden naar het volgende jaar. Het rapport gaf aan dat er geen beperkingen waren ten aanzien van het aantal vakantiedagen dat kan worden overgedragen naar het volgende jaar. Het Comité overwoog daarover in de Conclusies 2014 en 2018, en verduidelijkte hiermee het eerdere oordeel uit 2007, dat het recht van art. 2 lid 3 ESH meebrengt dat een werknemer jaarlijks tenminste twee weken ononderbroken vakantie moet nemen in het jaar dat deze dagen zijn opgebouwd. Jaarlijkse vakantie die de twee weken overschrijdt, mag slechts worden uitgesteld in bepaalde wettelijke vermelde omstandigheden die dit rechtvaardigen. Dit is in Nederland niet het geval. Nu er in Nederland geen beperkingen zijn ten aanzien van de minimum op te nemen dagen van de jaarlijkse vakantie, is het recht op jaarlijkse vakantie van minimaal twee ononderbroken weken onvoldoende gegarandeerd en levert dit een schending op van art. 2 lid 3 ESH, aldus het Comité.<sup>28</sup>

Hier is wel een duidelijk verschil met de uitleg die het Hof van Justitie geeft in de zaak *FNV/Staat der Nederlanden* over het recht op jaarlijks verlof van art. 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn. Hierin oordeelde het Hof dat het positieve effect van het vakantieverlof op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich ten volle doet gevoelen wanneer dit verlof in het daartoe voorziene jaar, te weten het lopende jaar, wordt genomen. Maar deze rusttijd boet echter niet aan belang in wanneer deze rusttijd in een volgende periode wordt genomen.<sup>29</sup> Het Hof maakte in deze zaak geen expliciet onderscheid of het ging om een overdracht van een deel of het gehele wettelijke minimumverlof. Uit de overweging dat het belang van de rusttijd eveneens gediend wordt als het verlof in een volgende periode wordt opgenomen, kan mijns inziens worden afgeleid dat een onbeperkte overdracht van het wettelijke minimumverlof van art. 7 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn toelaatbaar is.

Bij de mogelijkheid voor het uitstellen van het wettelijke verlof is dus een duidelijk verschil te zien tussen het ESH en de Arbeidstijdenrichtlijn. Volgens het ESH is slechts uitstel en overdracht naar een volgend jaar van maximaal twee weken van het minimumverlof toelaatbaar, terwijl bij de Arbeidstijdenrichtlijn een onbeperkte overdracht van het minimumverlof naar een volgend jaar toelaatbaar is.

27 Conclusions XVIII-2 (Netherlands), Article 2-3.

28 Conclusions 2014 (Netherlands), Article 2-3; Conclusions 2018 (Netherlands), Article 2-3.

29 HvJ EG 6 april 2006, zaak C-124/05, ECLI:EU:C:2006:244 (*FNV/Staat der Nederlanden*), JAR 2006/102, r.o. 30.

## 5. Conforming aan de eisen van het ESH

### 5.1 Wijze van implementatie

Uit het voorgaande is duidelijk gebleken dat het Comité bij de interpretatie van de verdragsverplichtingen van het ESH de lat hoger legt dan de normen die volgen uit de Arbeidstijdenrichtlijn. De normen van het ESH zijn strikter dan die van de Arbeidstijdenrichtlijn en laten in tegenstelling tot de Arbeidstijdenrichtlijn nauwelijks uitzonderingen toe. Dat is ook wel verklaarbaar vanuit de omstandigheid dat het ESH gesloten is binnen de Raad van Europa waarbij de bewaking van de fundamentele en sociale rechten vooropstaat. De sociale rechten zijn net als zijn tegenhanger van de fundamentele vrijheidsrechten van het EVRM in het ESH geformuleerd als mensenrechten.<sup>30</sup>

Om aan de verdragsverplichtingen van het ESH te voldoen, zal Nederland gezien de conclusies van het Comité maatregelen moeten nemen. Dit wringt wellicht op de punten waarop de Nederlandse regelgeving in overeenstemming is met de Arbeidstijdenrichtlijn. Op het punt van de arbeidstijden slaat Nederland dan echter twee vliegen in één klap: met het voldoen aan de verdragsverplichtingen van het ESH, kan ook de (zeer waarschijnlijke) strijdige implementatie van art. 17 Arbeidstijdenrichtlijn verholpen worden.

Op welke wijze kunnen de maatregelen tot conformering aan de verdragsverplichtingen het beste genomen worden? Wat betreft de uitvoering van de verdragsverplichtingen is bepaald dat uitvoering kan worden gegeven aan de verdragsbepalingen door wet- of regelgeving, collectieve arbeidsovereenkomsten, een combinatie van beide vormen, of andere passende middelen (art. 1 lid 1 ESH). De verdragspartij heeft de beoordelingsvrijheid om te bepalen welke middelen gebruikt worden. Als gekozen wordt voor het instrument van wet- en regelgeving dan is het niet voldoende dat hiermee de materie wordt geregeld; Nederland moet erop toezien dat de wet in de praktijk daadwerkelijk wordt toegepast.<sup>31</sup> Als gekozen wordt voor implementatie door middel van cao's dan blijft het de verantwoordelijkheid van de Nederlandse Staat als verdragspartij dat de verdragsbepalingen worden nageleefd en ook dat de cao-bepalingen niet in strijd zijn met het ESH.<sup>32</sup>

De hiervoor besproken verplichtingen van art. 2 lid 1, 3 en 5 ESH zijn verder pas nagekomen als deze worden toegepast op de overgrote meerderheid van de betrokken werknemers (art. 1 lid 2 ESH). Dat houdt in dat het recht moet wor-

30 A.M. Swiatkowski, 'Council of Europe', p. 17-20 in: F. Hendrickx (red.), *International Encyclopaedia of Laws Labour Law*, Kluwer Law International: 2021; R. Birk, 'European Social Charter', p. 27-28 in: F. Hendrickx (red.), *International Encyclopaedia of Laws Labour Law*, Kluwer Law International: 2007.

31 European Committee of Social Rights, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 2018, p. 237; European Committee of Social Rights, *International Commission of Jurists (CIJ) v. Portugal*, Complaint No. 1/1998, 9 september 1999, par. 32.

32 European Committee of Social Rights, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 2018, p. 237; European Committee of Social Rights, *Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden*, Complaint No. 12/2002, 15 mei 2003, par. 27-28.

den toegepast op tenminste 80% van de werknemers.<sup>33</sup> Dat het op de overgrote meerderheid van de werknemers van toepassing moet zijn, betekent ook dat niet een grote groep personen die een specifieke categorie vormt uitdrukkelijk wordt uitgesloten van de werkingssfeer van een regeling.<sup>34</sup>

Wet- en regelgeving heeft daarom de voorkeur als methode van implementatie om te verzekeren dat de regeling van toepassing is op bijna alle werknemers. Uit de conclusies blijkt namelijk dat door de regeling aan sociale partners over te laten dit niet altijd gegarandeerd wordt. Want als de wet niet aangeeft wat de bandbreedte is voor de onderhandelingsvrijheid, bestaat de kans dat materie in het geheel niet of niet conform de minimale eisen van het ESH wordt overeengekomen. Als de regeling wordt overgelaten aan sociale partners zal de Staat er bovendien op moeten (blijven) toezien dat de materie daadwerkelijk geregeld wordt in een cao en tevens of de cao voldoet aan de eisen van het ESH. Ook is bij regeling via een cao niet gegarandeerd dat de rechten van het ESH op de overgrote meerderheid van de werknemers van toepassing zijn. Want een cao is alleen van toepassing op werknemers en werkgevers die binnen de werkingssfeer van de bedrijfstak-cao vallen. Bovendien zijn niet alle cao's (steeds) algemeen verbindend.<sup>35</sup>

## 5.2 Aanpassing van de wet- en regelgeving

Hierna zal ik ingaan op de verschillende hiervoor besproken onderwerpen waarbij de wet- en regelgeving zal moeten worden aangepast.

### Arbeidstijden

Uitzondering van bepaalde categorieën werknemers van de toepassing van de maximale arbeidstijden en minimumrusttijden is in strijd met art. 2 lid 1 ESH omdat er geen garanties zijn dat deze werknemers geen onredelijke werktijden hebben. De uitzondering voor de toepasselijkheid van de Arbeidstijdenwet voor werknemers die meer dan driemaal het minimumloon verdienen en andere met name genoemde categorieën werknemers lijkt bovendien, zoals hiervoor uiteengezet, niet in overeenstemming met art. 17 lid 1 Arbeidstijdenrichtlijn (zie par. 2). Het is daarom zaak dat Nederland de uitsluiting van de categorieën werknemers van de maximale arbeidstijden in art. 2.1:1 lid 1 sub a en art. 2.1:2 lid 3 Arbeidstijdenbesluit inperkt dan wel volledig schrapt.

### Wekelijkse rustperiode

Uitstel van de wekelijkse rustperiode voor bepaalde categorieën werknemers in onder andere het Arbeidstijdenbesluit

is strijdig met art. 2 lid 5 ESH omdat gegarandeerd moet worden dat een werknemer maximaal 12 aaneengesloten dagen werkt voordat deze een tweedaagse rustperiode heeft. Volgens het Comité is art. 5:5 Arbeidstijdenwet conform het ESH, maar is de uitzondering voor bepaalde categorieën werknemers over het uitstel van de rusttijd in het Arbeidstijdenbesluit in strijd met het ESH. Deze uitzondering dient in de regelgeving daarom in sommige gevallen aangepast te worden om te garanderen dat de werknemer niet langer dan 12 aaneengesloten dagen werkt.

### Jaarlijks vakantieverlof

Uit art. 2 lid 3 ESH volgt dat de werknemer in hetzelfde jaar waarover de vakantie-rechten zijn opgebouwd minimaal twee weken vakantie moet opnemen. De overige dagen mogen slechts meegenomen worden naar een volgend jaar in bepaalde omstandigheden die in de wet zijn vermeld. Deze regeling zou opgenomen kunnen worden in de regeling over de wettelijke vakantie in Titel 7.10 BW.

## 6. Conclusie

Zoals besproken dient Nederland bij de regelingen van de werktijden, de rusttijden en de wettelijke vakantie, niet alleen de regelgeving hierover van de Europese Unie in acht te nemen, maar ook ervoor te zorgen dat deze regelingen conform de eisen van het ESH zijn.

Bij dezelfde onderwerpen zijn de eisen van het ESH anders en gaan deze soms verder dan die van de Unieregelgeving. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het toepassingsbereik van de regelingen over arbeidstijden. De Arbeidstijdenrichtlijn staat meer uitzonderingen toe (alhoewel Nederland die soms te ruim lijkt te interpreteren), terwijl bij het ESH gegarandeerd moet worden dat de maximale arbeidstijden op de overgrote meerderheid van de werknemers van toepassing zijn en niet een bepaalde categorie die een grote groep vertegenwoordigt mag worden uitgesloten. Wat betreft het uitstel van de wekelijkse rusttijd laat de Arbeidstijdenrichtlijn uitzonderingen toe voor bepaalde sectoren, terwijl volgens het ESH altijd gegarandeerd moet worden dat de werknemer niet meer dan 12 aaneengesloten dagen werkt voordat hij een rustperiode geniet. Ook in het geval van het wettelijk vakantieverlof van tenminste vier weken zijn de eisen verschillend. Volgens het Unierecht lijkt een onbeperkte overdracht van het wettelijk verlof naar een volgend jaar toelaatbaar, maar volgens het ESH moet de werknemer jaarlijks in ieder geval twee weken vakantie opnemen en is daarom alleen een overdracht van twee weken van de wettelijke minimumduur toelaatbaar. Om ervoor te zorgen dat Nederlandse wet- en regelgeving niet alleen in overeenstemming is met het EU-recht maar ook met het internationaal recht, zal de wet- en regelgeving daarom aanpassing behoeven conform de wijze waarop het Comité hierover heeft geoordeeld in de verschillende Conclusies over de praktijk in Nederland.

<sup>33</sup> European Committee of Social Rights, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 2018, p. 237.

<sup>34</sup> European Committee of Social Rights, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 2018, p. 237; European Committee of Social Rights, *Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC v. France*, Complaint No. 9/2000, 16 november 2001, par. 39-41.

<sup>35</sup> Zie over de toepasselijkheid van en binding aan een cao: A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht nr. 28), Deventer: Kluwer 2017.