



# VU Research Portal

## Case note: Hof van Justitie Europese Gemeenschappen (Bijzondere diensten en de Europese definitie van arbeidstijd)

Boonstra, K.

2004

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Boonstra, K., (2004). *Case note: Hof van Justitie Europese Gemeenschappen (Bijzondere diensten en de Europese definitie van arbeidstijd)*, No. 02, Sep 09, 2003. (Arbeidsrechtelijke annotaties; Vol. 2004, No. 1).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Bijzondere diensten en de Europese definitie van arbeidstijd

**HvJ EG 9 september 2003, Zaak C-151/02 (Landeshauptstadt Kiel v. Jaeger), JAR 2003/226**

*Arbeidstijden; rusttijden; Europese richtlijn; wachtdiensten; beschikbaarheidsdiensten; evaluatie Arbeidstijdenwet 1995*

Op 9 september 2003 deed het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitspraak in het geschil tussen de Landeshauptstadt Kiel en de arts Jaeger. De rechtsvraag betrof een in feite eenvoudige kwestie: Is het binnen het kader van Richtlijn 93/104/EG betreffende een aantal aspecten van de arbeidstijd toegestaan, tijd die op de werkplek wordt doorgebracht in een beschikbaarheidsdienst te beschouwen als rusttijd en maakt het voor het antwoord op die vraag uit hoeveel arbeid feitelijk tijdens die bijzondere dienst wordt verricht? Het Hof oordeelt beide vragen ontkennend. Ook voor Nederland zal dat grote gevolgen hebben. Het betreft de mogelijkheid allerlei bijzondere diensten als beschikbaarheids-, bereikbaarheids-, consignatie-, piket- en aanwezigheidsdienst in te passen in een arbeidstijdenregeling. De Nederlands Arbeidstijdenwet (ATW) en het bijbehorende Arbeidstijdenbesluit (ATB) reguleren weliswaar deze diensten, maar staan ze in beginsel wel toe. De vraag is of die regelgeving in stand kan blijven.

## **1 Het arrest**

### **1.1 De feiten**

Jaeger werkte al een flink aantal jaren als assistent-arts en dienstdoend arts op de afdeling chirurgie bij de spoedgevallendienst van een ziekenhuis dat door de stad Kiel in stand werd gehouden. Zes keer per maand verrichtte hij een beschikbaarheidsdienst. Dit hield in dat hij aanwezig moest zijn in het ziekenhuis, om indien nodig op oproep de arbeid te verrichten. Op de momenten waarop hij geen arbeid hoefde te verrichten, kon hij gaan slapen op een daarvoor aangewezen plek in het ziekenhuis. Die tijd werd in zijn werkrooster beschouwd als rusttijd. Partijen waren het er over eens dat gemiddeld gedurende 49% van de tijd die werd doorgebracht in beschikbaarheidsdienst feitelijk werkzaamheden van hem werden verlangd. De

beschikbaarheidsdienst volgde op de normale werktijd en duurde 16 uur op werkdagen, en rond 24 uur in het weekeinde.

## 1.2 De rechtsvraag

Jaeger meende dat de beschikbaarheidsdiensten die hij verrichtte op grond van de rechtstreekse toepassing van Richtlijn 93/104/EG volledig als arbeidstijd in de zin van het ArbZG<sup>1</sup> moesten worden aangemerkt. De stad Kiel bracht daar tegenin dat volgens vaste rechtspraak van de nationale rechters en het grootste gedeelte van de doctrine de perioden van inactiviteit gedurende de beschikbaarheidsdienst als rusttijd en niet als arbeidstijd moeten worden aangemerkt. Een andere opvatting zou volgens de stad Kiel leiden tot enorme consequenties van organisatorische en economische aard. De kantonrechter wees het verzoek van Jaeger toe. Waarschijnlijk kwam hij tot dat oordeel, omdat het aandeel van 49% dat gemiddeld feitelijk werd gewerkt tijdens beschikbaarheidsdiensten nogal hoog was. De rechtbank keek als verwijzende rechter wat fundamenteeler naar de vraag en wenste van het Hof te vernemen of:

- 1 beschikbaarheidsdienst in zijn geheel moet worden aangemerkt als arbeidstijd in de zin van artikel 2 lid 1 (definitiebepaling) van de richtlijn, ook wanneer het de werknemer is toegestaan te slapen in perioden waarin geen beroep op hem wordt gedaan;
- 2 een nationale regeling waarin een beschikbaarheidsdienst als rusttijd wordt aangemerkt zolang geen beroep op de werknemer wordt gedaan, in strijd is met artikel 3 van de richtlijn (minstens 11 uur rust in 24 uur);
- 3 een nationale regeling die een verkorting van de dagelijkse rusttijd van 11 uren in onder meer ziekenhuizen toelaat en tijdens bijzondere diensten feitelijk gewerkte uren compenseert op een ander tijdstip, in strijd is met de richtlijn;
- 4 een nationale regeling die toestaat dat een CAO bepaalt dat rusttijden in geval van bijzondere diensten kunnen worden aangepast aan de specifieke omstandigheden van deze diensten, en met name verkortingen van de rusttijd ten gevolge van werkzaamheden tijdens deze diensten, in strijd is met de richtlijn?

De vraag is dus tweeledig: is de totale tijd doorgebracht in beschikbaarheidsdienst arbeidstijd? En zo dat het geval is: is de Duitse wetgever dan binnen de grenzen van de afwijkingmogelijkheden van de richtlijn geble-

1 Arbeitszeitgesetz van 6 juni 1994 BGBl. 1994 I, p. 1170.

ven? Het standpunt van Jaeger dat beschikbaarheidsdienst in zijn geheel als arbeidstijd moet worden beschouwd werd gesteund door de Commissie.<sup>2</sup> Nederland was een van de vijf landen die opmerkingen voorlegden aan het Hof en zich schaarden achter het standpunt van de stad Kiel. Dat is ook wel begrijpelijk, want in ons recht kennen wij ook de constructie dat de tijd doorgebracht in een aanwezigheidsdienst, waarin geen beroep wordt gedaan op de werknemer, wordt beschouwd als rusttijd.

### 1.3 De Europese regelgeving en jurisprudentie

De richtlijn definieert in artikel 2 onder meer de begrippen arbeidstijd, rusttijd, nachttijd, nachtarbeider, ploegenarbeid en passende rusttijd, en geeft daarbij vervolgens de toegestane toepassingsregels. Arbeidstijd is: de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking staat van de werkgever en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken. Rusttijd is: de tijd die geen arbeidstijd is. Ten aanzien van de dagelijkse rusttijd is bepaald dat alle werknemers in een tijdvak van vierentwintig uur een rusttijd van ten minste elf aaneengesloten uren genieten. Daarbij lijkt het in eerste instantie alsof de opstellers van de richtlijn helemaal geen kennis hebben gehad van de bijzondere diensten, die natuurlijk in praktijk ook toen al op grote schaal in de lidstaten werden toegepast. Dat wil zeggen tijd waarin de werknemer wellicht feitelijk niet werkzaam is, maar wel geacht wordt ter beschikking van zijn werkgever te zijn en/of zijn functie uit te oefenen. Toch is in artikel 17 getiteld 'Afwijkingen' daarvan wel enige notie te vinden. Voor met name bepaalde beperkt omschreven categorieën werknemers mag, met inachtneming van algemene bepalingen inzake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers, worden afgeweken van een aantal artikelen *wanneer de duur van de arbeidstijd wegens de bijzondere kenmerken van de verrichte werkzaamheid niet wordt gemeten en/of vooraf bepaald, of door de werknemers zelf kan worden bepaald*. Het is uitermate onduidelijk welke soort arbeid of werknemer hier wordt bedoeld, reden waarom de A-G in zijn conclusie spreekt van een 'twijfelachtige wetgevingstechniek'.<sup>3</sup> Supiot heeft in dit verband opgemerkt dat de richtlijn een schizofreen karakter heeft en alle tegenstrijdigheden en lastige vraagstukken in zich herbergt, die spelen met betrekking tot de organisatie van arbeidstijd. Hij constateert dat de richtlijn in de eerste 16 artikelen strikte regels stelt, om die vervolgens in de

2 Conclusie A-G r.o. 18.

3 Conclusie A-G r.o. 48.

artikelen 17 en 18 te ontdoen van hun verplichtende werking.<sup>4</sup> Op grond van lid 2.1 van artikel 17 mag van de artikelen 3 (dagelijkse rusttijd), 4 (pauze), 5 (wekelijkse rusttijd), 8 (duur van de nachtarbeid) en 16 (referentieperioden) worden afgeweken, voor werkzaamheden waarbij de continuïteit van de dienst moet worden gewaarborgd, met name in geval van diensten in verband met opvang, behandeling en/of verzorging in ziekenhuizen. Bovendien kregen de lidstaten de mogelijkheid als overgangperiode zo nodig meer tijd te nemen voor de implementatie van de richtlijn, mits ze de Commissie daarvan op de hoogte zouden stellen. Bij afwijking moeten de betrokken werknemers wel gelijkwaardige compenserende rusttijden worden geboden of, in uitzonderlijke gevallen waarin dit op objectieve gronden niet mogelijk is, een passende bescherming. Artikel 18 van de richtlijn geeft de uiterste grens: geen enkele werkgever verlangt dat een werknemer meer dan achtenveertig uur werkt tijdens een periode van zeven dagen, berekend als gemiddelde van de in artikel 16 bedoelde referentieperiode, tenzij de werknemer met het verrichten van dergelijke arbeid heeft ingestemd.

In het Duitse recht wordt onderscheid gemaakt tussen: dienstwaarneming,<sup>5</sup> beschikbaarheids- of wachtdienst,<sup>6</sup> en bereikbaarheidsdienst.<sup>7</sup> Alleen dienstwaarneming wordt volledig als arbeidstijd aangemerkt. De andere diensten worden als rusttijd aangemerkt, behalve voor het gedeelte van de dienst waarin de werknemer zijn beroepswerkzaamheden daadwerkelijk heeft uitgeoefend.

In het (Spaanse) arrest Simap (C-303/98) oordeelde het Hof al dat de dienstperioden van artsen die verplicht waren fysiek aanwezig te zijn in gezondheidscentra, dienden te worden beschouwd als arbeidstijd. Als reden daarvoor gaf het Hof dat aan de eerste twee voorwaarden van de definitie van

4 A. Supiot, À la recherche de la concordance des temps (à propos de la Directive européenne Temps de travail n. 93/104 du 23 novembre 1993), *The Regulation of Working Time in the European Union, Gender Approach*, p. 108: '[...] la Directive 93/104 [...] est un texte du plus grand intérêt. Non pas qu'il s'agisse d'un modèle d'art législatif! Bien au contraire, il exprime toutes les contradictions et difficultés qui parcourent la question de l'organisation du temps dans la société européenne en cette fin de siècle. C'est un texte schizophrène, dont la première partie (articles 1 à 16) pose des règles que la seconde (articles 17 et 18) s'emploie à priver de tout effet impératif.' Aangehaald door A-G Ruiz-Jarabo Colomer in noot 29 van de Conclusie.

5 Werknemer moet zich ter beschikking houden van zijn werkgever op zijn werkplek en voorts permanent alert zijn om indien nodig onmiddellijk te kunnen handelen.

6 Werknemer moet op een door de werkgever bepaalde plek aanwezig zijn, binnen of buiten diens instelling, en zich gereed houden om op verzoek van zijn werkgever de dienst waar te nemen, maar hij mag rusten of zich naar eigen keuze bezighouden zolang geen beroepswerkzaamheden van hem worden verlangd.

7 De werknemer is niet verplicht op een bepaalde plek aanwezig te zijn, maar het volstaat dat hij ieder ogenblik bereikbaar is op oproep zijn beroepswerkzaamheden binnen een korte termijn te kunnen verrichten.

arbeidstijd was voldaan; de werknemers waren werkzaam en stonden ter beschikking van de werkgever. Het feit dat de daadwerkelijk ontplooiende activiteit naar gelang van de omstandigheden varieerde, deed daaraan niets af; ze bleven hun functie uitoefenen (en zo werd voldaan aan het derde element van de definitie van arbeidstijd van artikel 2 van de richtlijn). In datzelfde arrest preciseerde het Hof dat de situatie anders ligt wanneer de artsen diensten verrichten waarbij zij niet permanent aanwezig zouden moeten zijn, doch slechts bereikbaar. Dat wil zeggen in dat arrest deed het Hof een uitspraak die betrekking heeft op de Duitse ‘dienstwaarneming’ en op ‘bereikbaarheidsdienst’, maar niet op de ‘beschikbaarheidsdienst’ die in casu aan de orde was en in het midden van deze twee andere soorten diensten valt te positioneren.

#### 1.4 De beoordeling van het geschil

##### *Vraag 1 en 2*

Het Hof voegt de eerste twee vragen van de verwijzende rechter samen en herformuleert deze als volgt:

‘Moet de richtlijn aldus worden uitgelegd dat de beschikbaarheidsdienst die een arts verricht volgens het systeem van fysieke aanwezigheid in het ziekenhuis, volledig als arbeidstijd in de zin van de richtlijn wordt aangemerkt, zelfs indien belanghebbende in de tijd dat niet van zijn diensten gebruik wordt gemaakt op zijn werkplek mag slapen, zodat deze richtlijn zich verzet tegen de regeling van een lidstaat die periode van inactiviteit van de werknemer in het kader van een dergelijke beschikbaarheidsdienst als rusttijd aanmerkt?’

Ten eerste onderzoekt het Hof in hoeverre de feiten van deze zaak verschillen van de feiten en rechtsvraag die leidden tot het oordeel in het arrest Simap. Toen oordeelde het Hof dat de dienstperioden van artsen die fysiek aanwezig moesten zijn, de drie kenmerken van het begrip arbeidstijd van de richtlijn vertoonden. Het Hof stelde namelijk vast dat in die zaak onomstreden was dat tijdens de dienstperioden volgens die regeling, aan de eerste twee voorwaarden die in de definitie van het begrip arbeidstijd zijn opgenomen was voldaan. Voorts oordeelde het dat de daadwerkelijk ontplooiende activiteit weliswaar varieerde, maar dat de aan die artsen opgelegde verplichting op de werkplek aanwezig en beschikbaar te zijn, moest worden geacht onder de uitoefening van de functie te vallen. De verplichte fysieke aanwezigheid was daarvoor doorslaggevend. Volgens het Hof was de uitleg ook volkomen in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn, namelijk het verzekeren van de veiligheid en de gezondheid van werk-

nemers, door hun minimumrusttijden en voldoende pauzes te gunnen. Wanneer de beschikbaarheidsdienst met verplichte aanwezigheid zou worden uitgesloten van het begrip arbeidstijd, zou de verwezenlijking van die doelstelling ernstig in gevaar worden gebracht. Het verschil tussen de Spaanse artsen en deze Duitse collega was dat hij weliswaar ook fysiek aanwezig moest zijn, maar wel mocht slapen.

De A-G geeft een aantal redenen op grond waarvan hij tot het oordeel komt dat het feit dat de werknemer mag slapen niet mag leiden tot het oordeel dat die tijd rusttijd en geen arbeidstijd is. Naar zijn mening moet tijd die de werknemer op de werkplek doorbrengt en ter beschikking staat van zijn werkgever worden beschouwd als arbeidstijd, ook als de werknemer feitelijk geen arbeid verricht, omdat de werkgever het gezag heeft de werknemer op elk moment instructies te geven. Hij acht het voor de meerderheid van de voorkomende gevallen voldoende als is voldaan aan twee van de drie criteria van de definitie van arbeidstijd van artikel 2 van de richtlijn. Het slapen van de dokter op momenten dat zijn diensten niet worden verlangd, is volgens de A-G dan ook helemaal geen rust, omdat de werknemer elk moment klaar moet zijn om volgens de hoogste standaarden van dienstverlening zijn beroepsactiviteiten te verrichten. Hoe, zo vraagt de A-G zich enigszins retorisch af, zou worden aangekeken tegen een werkgever die, in plaats van de werknemer een bed te verschaffen om te rusten, slechts voor een stoel zou zorgen waar de dokter op mag zitten terwijl hij wacht op het moment dat hij feitelijk een handeling moet plegen? Zou een rechter in dat geval oordelen dat de tijd doorgebracht zittend op de stoel dichterbij het concept 'arbeidstijd' staat, dan de tijd doorgebracht liggend op een bed? Bovendien, zo stelt de A-G, bestaat nog een andere belangrijke reden om de beschikbaarheidsdienst niet te vereenzelvigen met rusttijd. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat de dagelijkse rusttijd elf aaneengesloten uren moet bedragen. Volgens hem moet dat worden geïnterpreteerd als elf ononderbroken uren, hetgeen ook logisch is vanuit de achtergrond dat het doel van de richtlijn is om de gezondheid en veiligheid van de werknemers te garanderen. Vanwege het feit dat het karakter van de arbeid meebrengt dat de feitelijke inzet onvoorspelbaar is, kan deze ononderbroken rust nimmer vooraf in een rooster worden gegarandeerd en kan dus niet op deze wijze worden voldaan aan de voorwaarden van de richtlijn. Om werkelijk te kunnen rusten moet de werknemer de mogelijkheid hebben 'to switch off from his working environment' gedurende een bepaalde ononderbroken periode, en dat kan alleen maar worden bereikt als de werknemer daadwerkelijk niet op de werkplek is.

Het Hof volgt deze redenering. Het stelt vast dat het kader noch de aard van de werkzaamheden in deze zaak relevante verschillen vertoont, op grond

waarvan de uitlegging van het Simap-arrest ter discussie zou kunnen worden gesteld (r.o. 54). De richtlijn erkent geen tussenvormen tussen arbeid- en rusttijd. Deze begrippen moeten dan ook niet worden uitgelegd op basis van de voorschriften van de verschillende nationale regelingen van de lidstaten. Het zijn begrippen van gemeenschapsrecht die op basis van het stelsel en de doelstelling van die richtlijn volgens objectieve kenmerken moeten worden omschreven. Slechts een dergelijke autonome uitlegging kan de volle werking van deze richtlijn en een uniforme toepassing van die begrippen in alle lidstaten verzekeren (r.o. 58). De omstandigheid dat de definitie van arbeidstijd in artikel 2 van de richtlijn naar de nationale wetten en/of gebruiken verwijst, betekent derhalve niet dat de lidstaten eenzijdig de strekking van dit begrip kunnen bepalen. Volgens het Hof vertonen de periodes van beschikbaarheidsdienst die artsen in het ziekenhuis verrichten, de kenmerken van het begrip arbeidstijd in de zin van de richtlijn. Beslissend is dat zij fysiek aanwezig moeten zijn op de door de werkgever aangewezen plek en zich daar ter beschikking van hem moeten houden om indien nodig onmiddellijk hun diensten te kunnen verlenen. Deze verplichting maakt immers deel uit van de uitoefening van hun functie (r.o. 63). Het Hof voegt daaraan toe dat voor een arts die verplicht is in het ziekenhuis te blijven zware beperkingen gelden, omdat hij gescheiden moet blijven van zijn gezin en sociale leven en zijn tijd niet vrij kan besteden. In die omstandigheden kan niet worden gesteld dat een werknemer rust gedurende de periodes van zijn beschikbaarheidsdienst waarin hij niet daadwerkelijk zijn beroepswerkzaamheden uitvoert. Dus, periodes waarin de arts fysiek in het ziekenhuis is, ter beschikking staat van de werkgever (ingeroosterd is en verplicht op een oproep te reageren, dus niet bijvoorbeeld tijdens een pauze) en in functie is, dienen steeds volledig te gelden als arbeidstijd.

De opmerking dat een voor Jaeger gunstige uitlegging van het Hof enorme economische en organisatorische repercussies zou hebben, bracht het Hof niet op een ander idee. Het verwijst naar de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn waarin wordt vastgesteld dat de verbetering van de veiligheid, de hygiëne en de gezondheid van de werknemers op het werk een doelstelling is die niet aan overwegingen van zuiver economische aard ondergeschikt mag worden gemaakt.

#### *Vraag 3 en 4*

Ook deze vragen worden door het Hof samengevoegd. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de richtlijn zich verzet tegen de wet die bepaalt dat in geval van een beschikbaarheidsdienst de dagelijkse rusttijd van elf uren (art. 3) mag worden verkort, eventueel bij CAO, mits de tijdens die dienst gewerkte uren op een ander tijdstip worden gecompenseerd. Het Hof kan



deze vraag niet beantwoorden, omdat uit het antwoord op de eerste twee vragen reeds volgt dat de constructie in de Duitse arbeidstijdenwetgeving op grond waarvan enige tijd doorgebracht tijdens een beschikbaarheidsdienst wordt gekenmerkt als rusttijd, niet in overeenstemming kan zijn met de richtlijn. Daarom is het ook niet zinvol in het verlengde daarop te vragen op welke wijze deze niet-toegestane afwijking van de richtlijn moet worden gecompenseerd. De interpretatie van het Hof leidt ertoe dat de Duitse regeling ononderbroken arbeidstijden van ongeveer dertig uren toestaat. Dat is in elk geval onverenigbaar met welke bepaling van de richtlijn dan ook, met inbegrip van die bepalingen die afwijkingen van de regels toestaan.

Het Hof erkent dat artikel 17 van de richtlijn bepaalde afwijkingen toestaat, maar benadrukt dat het daarbij niet gaat om de definitiebepalingen van artikel 2. Een lidstaat kan er dus geen 'eigen' opvatting van rusttijd of arbeidstijd op na houden. Datzelfde artikel staat overigens onder voorwaarden wel afwijking toe in geval het werkzaamheden betreft waarbij de continuïteit van de dienst of de productie moet worden gewaarborgd, met name in geval van (onder meer) diensten in verband met opvang, behandeling en/of verzorging in ziekenhuizen en soortgelijke instellingen, waaronder de activiteiten van artsen in opleiding. Ook had de lidstaat voor de groep artsen in opleiding gebruik mogen maken van de bepaling die het mogelijk maakt een langere overgangperiode te kiezen.<sup>8</sup> Welke afwijkingen zijn toegestaan onder welke voorwaarden? Het Hof benadrukt allereerst dat de afwijking niet verder mag strekken dan noodzakelijk is om de belangen die met deze afwijkingen worden beschermd, veilig te stellen (r.o. 89). Verder is de toepassing van een dergelijke afwijking, met name wat de in artikel 3 van de richtlijn voorziene dagelijkse rusttijd betreft volgens de bewoordingen van artikel 17 lid 2 uitdrukkelijk afhankelijk gemaakt van de voorwaarde dat de betrokken werknemers gelijkwaardige compenserende rusttijden wordt geboden of, in uitzonderlijke gevallen waarin dit op objectieve gronden niet mogelijk is, een passende bescherming. Dezelfde voorwaarden zijn van toepassing in geval van afwijking bij CAO of bedrijfsakkoord. Gelijkwaardige compenserende rusttijden in de zin van artikel 17 lid 2 en 3 moeten, om aan de eisen en de doelstelling van de richtlijn te beantwoorden, zich kenmerken door het feit dat op de werknemer gedurende die tijden ten aanzien van zijn werkgever geen enkele verplichting rust die hem kan belemmeren zich vrijelijk en ononderbroken met zijn eigen zaken bezig te houden, zodat de gevolgen van de arbeid voor de veiligheid en gezondheid van de belanghebbende worden geneutraliseerd. Dergelijke rusttijden moeten derhalve onmiddellijk volgen op de arbeidstijd die zij geacht worden te compenseren,

8 Duitsland heeft daarvan overigens geen gebruik gemaakt.

zodat wordt voorkomen dat de werknemer vermoeid of overwerkt raakt vanwege de herhaling van aaneensluitende werktijden (r.o. 94).

Wanneer een toegestane afwijking gepaard gaat met gelijkwaardige compenserende rusttijden, dan moet aldus het Hof die rusttijd aansluitend aan de dienst worden genoten, in elk geval voor aanvang van de volgende dienst. Wanneer dergelijke rusttijden slechts worden toegekend op andere tijdstippen, die niet meer rechtstreeks aansluiten bij de arbeidstijd die wegens het verrichten van overuren is verlengd, dan wordt per definitie onvoldoende rekening gehouden met de functie van de betreffende normen, zoals die in de richtlijn zijn vastgelegd. Enkel in volstrekt uitzonderlijke omstandigheden mag de werknemer volgens artikel 17 een andere passende bescherming worden geboden. Bovendien mag de verkorting van de dagelijkse rusttijd in geen geval leiden tot een overschrijding van de maximale wekelijkse arbeidstijd zoals die is vastgesteld in artikel 6.

## 2 Annotatie

Deze uitspraak zal ook grote consequenties hebben voor Nederland, en wel met name in de gezondheidszorg (inclusief apotheken), de (jeugd)hulpverlening en bij defensie, politie en de brandweer. Vorig jaar hield minister De Geus naar aanleiding van het Simap-arrest nog vol dat de Nederlandse situatie zozeer afweek van de Spaanse dat onze wetgeving geen aanpassing behoefde.<sup>9</sup> Minister Hoogervorst erkende onlangs dat het Jaeger-arrest wel degelijk tot aanpassingen zal moeten leiden.<sup>10</sup> Hem werd als Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport overigens niet zozeer om de arbeidsrechtelijke consequenties gevraagd, maar om de gevolgen die richtlijnconforme regeling voor de dienstverlening in de betreffende sectoren zal hebben. Volgens de minister bedraagt het aantal opgelegde aanwezigheidsdiensten per kalenderdag circa 6600. Op 18 december 2003 kondigde minister De Geus aan dat hij van zins is de arbeidstijdenwetgeving aan te passen aan het arrest.<sup>11</sup>

Uit de evaluatie van de Arbeidstijdenwet 1995 die in 2001 werd uitgevoerd, bleek dat de consignatie-, aanwezigheids- en bereikbaarheidsdiensten de afgelopen jaren voor de meeste knelpunten hebben gezorgd. In het prilste stadium van de parlementaire geschiedenis van deze wet ging men uit van

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2002/03, Aanhangsel, 537, p. 1143.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2003/04, Aanhangsel, 110, p. 237.

<sup>11</sup> Kabinetstandpunt vereenvoudiging Arbeidstijdenwet, AV/WTZ/2003/95587, 18 december 2003.

het principe dat elke inspanning om op de werkplek aanwezig te zijn, door de werkgever van de werknemer wordt verlangd en derhalve als arbeid moest worden beschouwd. Het volgende citaat illustreert dat:

‘Dat betekent dus dat bijvoorbeeld de werknemer in een winkel die wacht op een klant niet geconsigneerd is, maar arbeid verricht. In dit opzicht wijkt de aanwezigheidsdienst dan ook sterk af van de hier voorgestelde consignatiedienst. De verplichte aanwezigheid in de instelling wordt namelijk in dit wetsvoorstel beschouwd als arbeid.’<sup>12</sup>

Terugblikkend moeten we constateren dat deze principiële gedachte in de loop van de verdere wetsgeschiedenis is losgelaten. Dat blijkt uit de opvatting die de minister in 2001 ventileert:

‘kenmerk van (o.m.) de aanwezigheidsdienst is dat een werknemer in principe niet werkt, maar wel beschikbaar moet zijn om bij onvoorziene situaties direct aan het werk te kunnen gaan. De Nederlandse wet- en regelgeving rekent alleen de tijd die een werknemer tijdens een aanwezigheidslijst feitelijk werkt als arbeidstijd.’<sup>13</sup>

Wat heeft die omslag veroorzaakt? Na de inwerkingtreding van de wet constateerde de minister eind 1996 dat in delen van de zorgsector gebruik werd gemaakt van aanwezigheidsdiensten die in vele gevallen aansluitend aan de gewone dagdienst werden opgelegd.<sup>14</sup> De definitie van aanwezigheidsdienst krachtens het ATB luidt: een aaneengesloten tijdruimte van ten hoogste 24 uren, waarin de werknemer, zonodig naast het verrichten van de bedongen arbeid, consignatie wordt opgelegd waarbij in afwijking van artikel 5:11 ATW de werknemer verplicht is om op de arbeidsplaats aanwezig te zijn om op oproep zo spoedig mogelijk de arbeid te verrichten. De minister constateerde dat de ATW deze diensten niet toestond en daarom achtte hij het noodzakelijk in het Arbeidstijdenbesluit uitzonderingsmogelijkheden te creëren, omdat hij het draaien van aanwezigheidsdiensten een noodzakelijk onderdeel in de bedrijfsvoering van ziekenhuizen achtte.<sup>15</sup> Er werd dus niet gekozen voor het handhaven van de norm, maar voor de aanpassing van de norm aan de feitelijke overtreding ervan in bepaalde sectoren. Die gedragslijn typeert het verdere verloop van de wetsgeschiedenis. Op dat moment

12 Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 118.

13 Kamerstukken II 2000/01, 27 865, nr. 1, p. 9.

14 Deze praktijk was reeds toegestaan onder (enkele van de 15.000) oude sectorspecifieke werktijdbesluiten en werd eenvoudig voortgezet, ondanks het feit dat eigenlijk strijd met de nieuwe arbeidstijdenwetgeving was ontstaan in 1995.

15 Kamerstukken II 1996/97, 25 092, nr. 2, p. 5 en 8.

werd overigens wel degelijk gerefereerd aan een eventuele (on)verenigbaarheid met Richtlijn 93/104/EG die eind 1996 moest zijn geïmplementeerd.<sup>16</sup> De minister onderkende dat in bepaalde sectoren sprake kon zijn van knelpunten tussen de ATW en de richtlijn. Daarbij had hij echter niet het oog op de vraag of de inmiddels op grotere schaal toegestane aanwezigheidsdiensten eigenlijk wel in overeenstemming waren met de richtlijn. Dit blijkt uit het feit dat hij op 1 mei 1997 aankondigde dat hij alle sectoren de mogelijkheid zou geven aanwezigheidsdiensten te gebruiken, de regeling van het huidige artikel 4.8:1 ATB.<sup>17</sup> Dat artikel bepaalt dat maximaal drie maal per week en 26 maal in elk kwartaal een aanwezigheidsdienst mag worden opgelegd. Een aanwezigheidsdienst kan maximaal 24 uur duren. Een werknemer mag tijdens een aanwezigheidsdienst maximaal 10 uur arbeid verrichten, waarna hij een onafgebroken rusttijd moet hebben van ten minste 6 uren (waarmee niet wordt gezegd dat hij voor die rust van de werkplek kan vertrekken). Voor en na de aanwezigheidsdienst wordt een onafgebroken rusttijd gegarandeerd van ten minste 11 uren, hetgeen eenmaal per week mag worden bekort tot 8 uren. Dit laatste geldt niet als de aanwezigheidsdienst plaatsvindt tussen vrijdag 18.00 uur en de daaropvolgende maandagochtend 8.00 uur. Bovendien kan de collectieve regeling het de werkgever toestaan als hij een aanwezigheidsdienst oplegt de dienst uit te breiden naar 12 uren per dienst. Een werkgever kan alleen van deze diensten gebruikmaken als een collectieve regeling hem die bevoegdheid geeft. Daarbij hoeft het niet te gaan om een CAO, een collectieve regeling kan krachtens artikel 1:4 ATW onder bepaalde voorwaarden ook worden overeengekomen met het medezeggenschapsorgaan van de onderneming.

Aanwezigheidsdienst werd als bijzondere variant van de consignatiedienst van artikel 5:11 ATW geïntroduceerd. De definitie van consignatie is te vinden in het eerste lid van dat artikel: een tijdruimte tussen twee elkaar opvolgende diensten of tijdens een pauze, waarin de werknemer uitsluitend verplicht is bereikbaar te zijn om in geval van onvoorziene omstandigheden op oproep zo spoedig mogelijk de bedongen arbeid te verrichten. Die dienst mag worden toegepast indien de aard van de arbeid het noodzakelijk maakt en de arbeid niet op een andere wijze kan worden georganiseerd. Het zesde lid van artikel 5:11 ATW bepaalt dat arbeid in consignatiedienst die voortvloeit uit een oproep, buiten beschouwing wordt gelaten voor de vaststelling van de: wekelijkse rusttijd (art. 5:3 ATW), dagelijkse rusttijd (art. 5:5

16 Art. 18 van de richtlijn. Overigens staat art. 17 van de richtlijn gedurende een zeer lange overgangstermijn ten aanzien van een aantal hier terzake doende onderwerpen verdere afwijking toe. Duitsland had echter geen gebruik gemaakt van de formele procedure voor uitzondering.

17 Kamerstukken II 1996/97, 25 092, nr. 6, p. 5.

ATW), rusttijd na nachtdienst (art. 5:8 ATW) en pauze (art. 5:10 ATW). Voor de toepassing van de minimale rusttijden (lid 3 en 4 van art. 5:11 ATW) vangt de arbeidstijd aan op het moment van oproep. Wanneer binnen een half uur een nieuwe oproep volgt, is de tussenliggende periode ook arbeidstijd. Wanneer binnen een half uur een of meerdere keren arbeid voortvloeit uit een oproep, dan wordt de arbeidstijd geacht ten minste een half uur te zijn.

Let wel, de wet spreekt hier over consignatiedienst, niet over het soort dienst dat in het Duitse arrest door het Hof werd beoordeeld en dat wij kennen als aanwezigheidsdienst (buitenwettelijk ook wel wacht- of slaapdienst).<sup>18</sup> Het Nederlandse Arbeidstijdenbesluit regelt de bereikbaarheidsdienst en de aanwezigheidsdienst als speciale vormen van consignatie. Bereikbaarheidsdienst is: een aaneengesloten tijdruimte van ten hoogste 24 uren, waarin de werknemer, zo nodig naast het verrichten van de bedongen arbeid, consignatie wordt opgelegd waarbij in afwijking van artikel 5:11 ATW die werknemer verplicht is om op oproep zo spoedig mogelijk de bedongen arbeid te verrichten. Tijdens een zodanig bereikbaarheidsdienst is de werknemer niet verplicht om op een bepaalde plek of in de instelling aanwezig te zijn. Paragraaf 5.20 van het Besluit staat het toepassen van deze diensten voor artsen toe. Het verschil met de consignatiedienst van de ATW is dat die laatste dienst veel langer mag duren en vaker mag worden toegepast. De reden daarvoor is dat de consignatiedienst slechts wordt geacht te worden opgelegd voor arbeid die voortvloeit uit werkelijk onvoorziene omstandigheden. Bij bereikbaarheidsdienst is de achterliggende gedachte dat het wel waarschijnlijk is dat de oproep plaatsvindt, maar het niet mogelijk is in te schatten wanneer dat zal zijn.<sup>19</sup> Vervolgens werd in het verlengde daarvan de aanwezigheidsdienst mogelijk gemaakt voor de situatie waarin het hoogst waarschijnlijk is dat er een of meerdere oproepen zullen plaatsvinden en dat het bovendien zo is dat er direct zal moeten worden gehandeld. Een voorbeeld dat de minister in 1996 zelf gaf, kan verhelderen hoe een zodanige dienst er uit kan zien:

‘Een aanwezigheidsdienst duurt 24 uur. Binnen deze dienst gelden de normen van de ATW. Dit betekent dat de werknemer maximaal 10 uur en inclusief overwerk 12 uur arbeid mag verrichten. Inclusief de arbeid die volgt uit een oproep tijdens de periode dat de werknemer alleen aanwezig is, mag de werknemer ten hoogste 13 uur arbeid per 24 uur verrichten.’<sup>20</sup>

18 Beschikbaarheidsdienst kennen wij niet in onze wetgeving, hoewel vele CAO's deze term wel gebruiken.

19 Kamerstukken II 1996/97, 25 092, nr. 2, p. 5.

20 Kamerstukken II 1996/97, 25 092, nr. 6, p. 5.

Dit voorbeeld laat zien dat wordt verondersteld dat de werknemer die aanwezigheidsdienst draait zelf op een gegeven moment zal stellen dat hij de maximumarbeidstijd gaat overschrijden en in die situatie zal kunnen beslissen dat hij aan een oproep (van een patiënt die om zijn zorg vraagt!) geen gevolg zal kunnen geven. Hij zal dan de hulp van een andere collega moeten inroepen, die waarschijnlijk niet op de werkplek aanwezig is, omdat de aanwezigheidsdienst juist wordt ingesteld voor incurante uren. In elk geval kunnen we uit HR 27 januari 1995 (JAR 1995/50) opmaken dat hij op het moment van feitelijke overschrijding van het wettelijk maximum aantal uren arbeidstijd het werk kan neerleggen. In de praktijk zal daarvan natuurlijk geen sprake zijn. De arts zal de patiënt niet in de steek laten en zo worden gedwongen in strijd met de normen te handelen die beogen hem tegen de al te grote werklast te beschermen.

Het wekt dan ook geen verbazing dat uit de twee hierboven aangehaalde evaluaties van de arbeidstijdenwetgeving bleek dat juist deze bijzondere diensten in de praktijk tot knelpunten leidden. Zo meldt het rapport 'Werken bij nacht en ontij' dat alle respondenten in het betreffende onderzoek aangaven dat zij meer dan de wettelijk bepaalde maximale hoeveelheid aanwezigheidsdiensten draaiden en het in een enkel geval zelfs voorkwam dat men meer dan tien keer per dienst werd opgeroepen.<sup>21</sup> In april 2001 werd ten aanzien van de bijzondere diensten geconstateerd dat de regelgeving tot een zo grote complexiteit had geleid dat de Arbeidsinspectie te kennen had gegeven dat de handhaving ervan moeilijk bleek. Dit werd nog versterkt door het feit dat per definitie bij dit soort diensten pas na afloop van de dienst kan worden bepaald hoeveel tijd feitelijk arbeid is verricht. Voor zowel werkgevers als werknemers bleek het doorgaans niet eenvoudig vast te stellen of de feitelijke diensten aan de wettelijke normen voldeden.<sup>22</sup>

De door Supiot geconstateerde dubbelslachtigheid van de Europese richtlijn die betrekking heeft op arbeids- en rusttijden, is dus ook terug te vinden in de Nederlandse wetgeving. In oorsprong al enigszins, maar zeker door de lange lijst van wijzigingen van het Arbeidstijdenbesluit die er toe leidden dat in een toenemend aantal sectoren bijzondere diensten konden worden toegepast. Inmiddels heeft de minister in zijn brief 'Vereenvoudiging Arbeidstijdenwet' aangekondigd dat hij van zins is de wet te wijzigen, de titel van de brief ver-

21 W.A.M. de Lange e.a., *Werken bij nacht en ontij*, Onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van SZW door IVA Tilburg, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 109-115.

22 J.W.M. Mevissen e.a., *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, Onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van SZW, Doetinchem: Elsevier bedrijfsinformatie 2001, p. 21-22.

raadt de richting die hij wil inslaan.<sup>23</sup> Hij hanteert twee uitgangspunten: de wet moet meer ruimte gaan bieden aan werkgevers en werknemers om op individueel niveau afspraken te maken over arbeids- en rusttijden en de wet dient niet meer beperkingen op te leggen en regels te bevatten dan voor de bescherming van de veiligheid, gezondheid en het welzijn van de werknemers noodzakelijk is. Hij kondigt aan de nationale wetgeving meer in overeenstemming te willen brengen met de Europese wetgeving met inachtneming van deze uitspraak van het Hof. Waar de Nederlandse regelgeving restrictiever is dan volgens de EG-richtlijnen en andere internationale verplichtingen noodzakelijk is, kan deze ongelijkheid worden opgeheven. Inderdaad is de minister dus datgene van plan waarover CNV-voorzitter Terpstra begin december zijn zorg uitsprak tijdens een radioprogramma: op het EG-minimum gaan zitten. Met betrekking tot de bijzondere diensten betekent dat echter niet noodzakelijk een vermindering van bescherming. Implementatie van de uitleg van het Hof in onze wetgeving van het Jaeger-arrest betekent een beperktere mogelijkheid van het toepassen van de bezwaarlijke aanwezigheidsdiensten en daarmee een hoger beschermingsniveau dan de huidige wetgeving biedt.

De minister ontvouwt het vereenvoudigingsplan als volgt. De ATW zal uitsluitend nog begrenzungen stellen aan de totale arbeidstijd. Uitgangspunt zal zijn een maximumarbeidstijd van 48 uur per week. Als referentieperiode zal in beginsel de huidige periode van 13 weken worden gehandhaafd. Een berekening van de gemiddelde arbeidstijd per week over een periode van 13 weken laat veel ruimte voor fluctuatie per week en per dag. Om te voorkomen dat hierdoor per week of per dag extreem lange arbeidstijden mogelijk zijn, zal een maximumarbeidstijd per dienst en per week blijven gelden. Na de vereenvoudiging volgens de plannen zullen de maximumarbeidstijden zijn: 12 uur per dienst, 60 uur per week en gemiddeld 48 uur per 13 weken. De minister is van mening dat door deze voorstellen de bepalingen over consignatiedienst overbodig worden, waardoor artikel 5:11 ATW aanzienlijk vereenvoudigd kan worden. Bij consignatie zal het totaal van de ingeroosterde arbeidstijd en de arbeidstijd die voortvloeit uit een oproep, moeten blijven binnen de bovenstaande grenzen. Ten aanzien van de afwijkingen die zijn toegestaan op grond van het ATB merkt de minister op dat de omvang van het ATB aanzienlijk zal worden beperkt wanneer de voorstellen tot aanpassing van de basisregels in de wet worden overgenomen. Uit de notitie kan ik niet opmaken of de minister in zijn voorstel rekening houdt met de gevolgen die het arrest Jaeger heeft voor de 'echte' consignatiedienst en de bereik-

23 Kabinetsstandpunt vereenvoudiging Arbeidstijdenwet, AV/WTZ/2003/95587, 18 december 2003.

baarheidsdienst. Het Hof oordeelt dat de minimum vereiste rusttijd ononderbroken moet kunnen worden genoten en dat er voorwaarden zijn verbonden aan het gebruik van de uitzonderingsmogelijkheden van artikel 17 van de richtlijn. Een daarvan is dat de gelijkwaardige compenserende rusttijden voor consignatiediensten aansluitend aan de dienst moet worden genoten (zie hierboven bij de behandeling van vragen 3 en 4 van de verwijzende rechter).

De enige bijzondere diensten die in dit voorstel worden genoemd, zijn de nacht- en de consignatiedienst. Over het probleem van de aanwezigheidsdienst meldt de notitie slechts dat het arrest Jaeger gevolgen voor de regelgeving heeft, maar welke dat zijn, wordt niet onthuld. De enige juiste manier waarop de minister de Nederlandse wet kan aanpassen aan de uitspraak van het Hof is door de term uit de wetgeving (in dit geval het ATB) te verwijderen. Als alle tijd doorgebracht in aanwezigheid immers arbeidstijd is, onderscheidt deze dienst zich noodzakelijkerwijs in niets meer van de gewone arbeidstijd. Het lijkt mij niet nodig daar erg lang op te puzzelen. Daarbij moet overigens wel worden aangetekend dat het enkele wijzigen van de wettelijke definities met betrekking tot dit onderwerp, niet betekent dat daarmee ook de werkelijkheid dwingend wordt beïnvloed. Uit de onderzoeken bleek immers dat de roostermakers in het verleden ook al op grote schaal bijzondere diensten inpasten, ook in sectoren waar dat op grond van de wet eigenlijk niet (langer, vanaf 1995) was toegestaan. Ook nu nog wordt vrij algemeen de beschikbaarheidsdienst toegepast, terwijl deze in onze wetgeving niet is gedefinieerd of anderszins geregeld. De minister paste in het verleden steeds zeer pragmatisch de wet aan, teneinde de sectoren te accommoderen. Ditmaal zal het intrekken van de wettelijke mogelijkheid tot het toepassen van aanwezigheidsdiensten gepaard moeten gaan met een garantie van handhaving.

Voor, in elk geval, de organisaties in de zorg, de ziekenhuizen, de (jeugd) hulpverlening en politie en brandweer zal dit arrest grote gevolgen hebben. Niet voor niets werd in eerste instantie minister Hoogervorst om een reactie gevraagd en pas in tweede instantie minister De Geus. Begrijpelijkerwijs houden de bewindsleden hun hart vast bij het bedenken wat de financiële gevolgen zouden kunnen zijn van de vereiste wetswijziging. Waar eerst een werknemer een dienst van 24 uur voor zijn rekening kon nemen, kan het voortaan zo zijn dat die dienst moet worden verricht door drie werknemers, in een ploegendienstmodel. Dat kost een hoop meer geld, terwijl het sectoren betreft waar de loonkosten binnen het beschikbare budget toch al vaak voor politieke spanning zorgen. Het Hof heeft laten zien dat het dit dilemma onder ogen heeft gezien, maar toch tot het oordeel komt dat kostenefficiën-



tie niet over de rug van deze werknemers mag plaatsvinden. De roostermakers in deze sectoren zullen in de toekomst zeer secuur moeten afwegen of de feitelijke bezetting op de werkplek nodig is, of dat een bereikbaarheidsdienst voldoende is om aan de vraag naar een verrichting te voldoen.

*K. Boonstra\**

\* Hoogleraar internationaal en Europees arbeidsrecht VU en universitair docent arbeidsrecht UvA.