CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 12 juli 2005 [1]

I — Inleiding

1. Bij de Franse Conseil d'État zijn verschillende beroepen aanhangig tegen een besluit dat voor de berekening van de werkelijke arbeidstijd van werknemers van verschillende sociale en medisch-sociale instellingen een stelsel van gelijkstelling invoert van de tijd die zij op hun werkplek doorbrengen.

2. In geding is de vraag of het stelsel, dat op de Franse Code du travail (arbeidswet) is gebaseerd, verenigbaar is met richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd. [2]

3. Een bijkomende complicatie is dat Frankrijk bij de omzetting van de betrokken communautaire regeling voor de werknemers gunstigere maatregelen heeft genomen, waarvoor het antwoord van het Hof negatieve gevolgen kan hebben.

II — Het rechtskader

A — *De gemeenschapsregeling*

1. Achtergrond

4. Sinds tientallen jaren bestaat in de Europese landen onder invloed van een gunstig

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB L 307, blz. 18. Na verschillende wijzigingen is de richtlijn vervangen door richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 (PB L 299, blz. 9), die dezelfde titel draagt en, voorzover hier van belang, een soortgelijke, soms identieke inhoud heeft.

internationaal klimaat[3] de tendens om de duur van de arbeidstijd te verkorten. Dit is van invloed op de arbeidsmarkt en bijgevolg eveneens op de daarmee samenhangende fundamentele vrijheden.

5. Het zou echter tot de jaren zeventig duren voordat in de Europese Gemeenschap door de Raad de eerste initiatieven werden genomen: aanbeveling 75/457/EEG van 22 juli 1975[4], die de lidstaten aanspoorde tot invoering van de veertigurige werkweek en een jaarlijkse vakantie van vier weken; en de resolutie van 18 december 1979 betreffende de aanpassing van de arbeidstijd[5], die de lidstaten ertoe opriep het systematisch verrichten van overwerk te beperken en het jaarlijks arbeidsvolume te verminderen, alsmede maatregelen voor flexibilisering toe te passen. Op 23 september 1983 werd er een voorstel voor een tweede aanbeveling terzake ingediend[6], dat echter niet werd aangenomen vanwege de controversiële aard van de besproken onderwerpen in een tijdperk van sociaalpolitieke crisis.[7]

6. Het proces dat tot de aanneming van richtlijn 93/104 leidde, werd ingeleid door de Europese Akte[8], waarbij artikel 118 A in titel III van het Verdrag van Rome[9] werd opgenomen, en door het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, dat tijdens de Europese Raad van Straatsburg van 9 december 1989 werd aangenomen[10], waarin werd erkend dat de duur en de organisatie van de arbeidstijd een grote rol spelen bij de onderlinge aanpassing van de levensomstandigheden van de werknemers.[11]

3 — Van bijzondere betekenis is het werk van de Internationale Arbeidsorganisatie, wier eerste Verdrag, nr. 1/1919, de arbeidstijd in de industrie betrof. Daarop volgden vele andere verdragen, waaronder bijvoorbeeld verdrag nr. 14/1921 inzake de wekelijkse rusttijd; nr. 30/1930 met betrekking tot de arbeidstijd voor handel en kantoren; of nr. 47/1935 betreffende de veertigurige werkweek. Op een ander niveau bepaalt artikel 24 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948: „[e]en ieder heeft recht op rust en op eigen vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon", en erkent artikel 7, sub d, van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten van de Verenigde Naties van 1966 het recht op „[r]ustpauzen, vrije tijd en een redelijke duur van de werktijd en periodieke vakanties met behoud van loon, alsmede behoud van loon op algemeen erkende feestdagen".

4 — PB L 199, blz. 32.

5 — PB 1980, C 2, blz. 1.

6 — Ontwerpaanbeveling van de Raad betreffende de beperking en herstructurering van de arbeidstijd (PB C 290, blz. 4).

7 — Over deze ontwikkeling op gemeenschapsniveau, zie Arrigo, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè editore, Milaan, 2001, blz. 200-205.

8 — PB 1987, L 169, blz. 1.

9 — Zoals advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de zaak Verenigd Koninkrijk/Raad (arrest van 12 november 1996, C-84/94, Jurispr. blz. I-5755) in herinnering bracht, bestond „vóór de goedkeuring van de Europese Akte geen specifieke bepaling ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers" (punt 28). Het Verdrag bevatte enkel twee uitdrukkelijke verwijzingen naar arbeidsomstandigheden in de artikelen 117 en 118, doch het eerste artikel schiep geen communautaire bevoegdheid op sociaal gebied, terwijl het tweede artikel volgens het arrest van 9 juli 1987, Duitsland, Frankrijk, Nederland, Denemarken en Verenigd Koninkrijk/Commissie (281/85, 283/85, 284/85, 285/85 en 287/85, Jurispr. blz. 3203, punt 14) een beperkte strekking had (voetnoot 8 van voormelde conclusie).

10 — COM(89) 471 def.

11 — Niettemin benadrukte richtlijn 91/533/EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (PB L 288, blz. 32) het wezenlijke karakter van het tijdsaspect van de verhouding, door te bepalen dat de „dagelijkse of wekelijkse arbeidstijd van de werknemer" ter kennis van de werknemers moet worden gebracht (artikel 2, lid 2, sub i).

2. Het primaire recht

7. Volgens artikel 118 A EG-Verdrag[12] (de artikelen 117 tot en met 120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG tot en met 143 EG) waren de lidstaten gehouden „de verbetering van met name het arbeidsmilieu te bevorderen, teneinde de veiligheid en de gezondheid van werknemers te beschermen" en zich „de harmonisatie bij de verbetering van de op dit gebied bestaande omstandigheden" ten doel te stellen (lid 1).

8. Te dien einde machtigde de bepaling de Raad om met gekwalificeerde meerderheid, met inachtneming van de nationale omstandigheden en technische voorschriften, richtlijnen met minimumvoorschriften vast te stellen (lid 2), die zich er niet tegen verzetten dat „een lidstaat maatregelen voor een hogere graad van bescherming van de arbeidsomstandigheden handhaaft en treft".

9. Het huidige artikel 136 EG strekt tot „verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden" en artikel 137 EG bepaalt dat de Gemeenschap het optreden van de lidstaten ondersteunt en aanvult op het gebied van „de verbetering van met name het arbeidsmilieu, om de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te beschermen" (lid 1, eerste gedachtestreepje), alsmede van „de arbeidsvoorwaarden" (lid 1, tweede gedachtestreepje).

10. Artikel 137 EG handhaaft de bevoegdheid van de Raad om op de betrokken gebieden minimumvoorschriften vast te stellen die geleidelijk van toepassing zullen worden (lid 2, eerste volzin), zonder dat dit belet dat op nationaal niveau „maatregelen met een hogere graad van bescherming [...] welke met dit Verdrag verenigbaar zijn" worden gehandhaafd of ingevoerd (lid 5).

3. Richtlijn 93/104

11. Op 12 juni 1989 nam de Raad richtlijn 89/391/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk[13] aan. Volgens het arrest BECTU[14] stelt deze richtlijn de algemene beginselen op dit terrein vast, die nadien zijn uitgewerkt in

12 — Ingevoegd bij artikel 21 van de Europese Akte.

13 — PB L 183, blz. 1.

14 — Arrest van 26 juni 2001 (C-173/99, Jurispr. blz. I-4881, punt 5).

een reeks bijzondere richtlijnen, waaronder richtlijn 93/104 [15], waarvan het normatieve kader en de regeling bespreking verdienen.

a) Rechtsgrondslag

12. De rechtsgrondslag van de richtlijn is artikel 118 A EG-Verdrag, dat, vanwege het feit dat het op een compromis berustte, grote onzekerheid schiep ten aanzien van de uitlegging van de grenzen aan het communautaire optreden. [16]

13. De richtlijn werd met gekwalificeerde meerderheid aangenomen. Het Verenigd Koninkrijk stemde tegen en stelde bij het Hof van Justitie beroep in tot nietigverklaring van de richtlijn en, subsidiair, van de artikelen 4, 5, eerste en tweede alinea, 6, lid 2, en 7 ervan. Zijn eerste middel betrof de keuze van de verkeerde rechtsgrondslag. Voorts stelde het Verenigd Koninkrijk dat sprake was van schending van het evenredigheidsbeginsel, misbruik van bevoegdheid en schending van verschillende wezenlijke vormvoorschriften. De richtlijn had naar zijn mening moeten worden vastgesteld op basis van artikel 100 EG-Verdrag (thans artikel 94 EG), of artikel 235 EG-Verdrag (thans artikel 308 EG), die eenparigheid van stemmen binnen de Raad vereisen.

14. Het Hof verwierp het beroep bij arrest van 12 november 1996, Verenigd Koninkrijk/Raad [17], maar verklaarde artikel 5, tweede alinea [18], ervan nietig op grond dat de organisatie van de arbeidstijd het voorwerp van een richtlijn in de zin van de bepalingen van artikel 118 A EG-Verdrag zou moeten zijn, aangezien de daarin genoemde begrippen „arbeidsmilieu", „veiligheid" en „gezondheid" ruim moeten worden uitgelegd in die

15 — Als bijzondere richtlijnen kunnen worden genoemd richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (PB L 145, blz. 4) en richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (PB 1998, L 14, blz. 9). Tot de sectorale richtlijnen behoren richtlijn 1999/63/EG van de Raad van 21 juni 1999 inzake de overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van zeevarenden, gesloten door de Associatie van reders van de Europese Gemeenschap (ECSA) en de Federatie van de bonden voor het vervoerspersoneel in de Europese Unie (FST) (PB L 167, blz. 33); richtlijn 2000/79/EG van de Raad van 27 november 2000 inzake de inwerkingstelling van de Europese Overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart gesloten door de Association of European Airlines (AEA), de European Transport Workers' Association (ETF), de European Cockpit Association (ECA), de European Regions Airline Association (ERA) en de International Air Carrier Association (IACA) (PB L 302, blz. 57) en richtlijn 2002/15/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 betreffende de organisatie van de arbeidstijd van personen die mobiele werkzaamheden in het wegvervoer uitoefenen (PB L 80, blz. 35).

16 — Banks, K., „L'article 118 A, élément dynamique de la politique sociale communautaire", *Cahiers de droit européen*, nr. 5-6, 1993, blz. 537.

17 — Aangehaald in voetnoot 9.

18 — Deze bepaling luidde: „[d]e in de eerste alinea bedoelde minimumrusttijd omvat in beginsel de zondag". De ongeldigheid ervan vloeide voort uit het feit dat de Raad had verzuimd uit te leggen waarom de zondag als wekelijkse rustdag belangrijker is voor de gezondheid en de veiligheid van de werknemers dan een andere dag van de week (punt 37).

zin dat zij „alle factoren, fysieke of andere" die relevant zijn, omvatten (punt 15).[19]

15. Het arrest stoelt op de gedachte dat „de organisatie van de arbeidstijd niet noodzakelijkerwijs [behoeft] te worden opgevat als een instrument van het werkgelegenheidsbeleid" (punt 28), maar dat het wordt bezien in termen van de gunstige invloed die zij kan hebben op het arbeidsmilieu (punt 29).

b) Inhoud

16. De richtlijn voert een ogenschijnlijk eenvoudige en algemene, maar in wezen complexe regeling in.[20]

17. Volgens artikel 1 bepaalt zij minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid (lid 1) en is zij van toepassing op „de minimale dagelijkse en wekelijkse rusttijden en de minimale jaarlijkse vakantie, alsmede op de pauzes en de maximale wekelijkse arbeidstijd" (lid 2, sub a) en „bepaalde aspecten van nacht- en ploegenarbeid en van het werkrooster" (lid 2, sub b).

18. Artikel 2 bepaalt dat voor de toepassing van de richtlijn „wordt verstaan onder:

1) 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;

2) rusttijd: de tijd die geen arbeidstijd is;

3) nachttijd: een tijdvak van ten minste zeven uren, als vastgesteld bij de nationale wetgeving, dat in ieder geval de periode tussen vierentwintig uur en vijf uur omvat;

[...]".

19 — Alonso Olea, M., „¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?", *Revista española de derecho del trabajo*, nr. 93, januari/februari, 1999, blz. 5 e.v., beantwoordt de gestelde vraag ontkennend en wijkt daarmee af van het genoemde arrest. Kritiek hebben eveneens Ellis, E., „Case C-84/94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council, Judgment of 12 November 1996, not yet reported", *Common Market Law Review*, nr. 34, 1997, blz. 1057; en Poulpiquet, V., „La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 4, oktober/december, 1999, blz. 726 e.v. Steun voor de opvatting van het Hof, omdat aldus de autonomie van de sociale politiek in de Verdragen wordt erkend, vindt men bij Kenner, J., „A distinctive legal base for social policy? The Court of Justice answers a ‚delicate question'", *European Law Review*, nr. 22, 1997, blz. 586.

20 — Arrigo, G., op. cit., blz. 233.

19. Vervolgens geeft de richtlijn een aantal regels die de duur van die tijdvakken betreffen, rekening houdend met de relevante referentieperiode:

— De dagelijkse rusttijd is geregeld in artikel 3:

„De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat alle werknemers in elk tijdvak van vierentwintig uur een rusttijd van ten minste elf aaneengesloten uren genieten". [21]

— De week wordt op twee manieren benaderd:

„De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat alle werknemers voor elk tijdvak van zeven dagen een ononderbroken minimumrusttijd van vierentwintig uren genieten waaraan de in artikel 3 bedoelde elf uren dagelijkse rusttijd worden toegevoegd.

De in de eerste alinea bedoelde minimumrusttijd omvat in beginsel de zondag.

Indien objectieve, technische of arbeidsorganisatorische omstandigheden dit rechtvaardigen, kan voor een minimumrusttijd van vierentwintig uren worden gekozen" (artikel 5).

„De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat in verband met de noodzakelijke bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers:

1) de wekelijkse arbeidstijd via wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of via collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners wordt beperkt;

2) de gemiddelde arbeidstijd in elk tijdvak van zeven dagen, inclusief overwerk, niet meer dan achtenveertig uren bedraagt" (artikel 6).

21 — Teysslé, B., *Droit européen du travail*, Éditions Litec, Parijs, 2001, blz. 184, merkt op dat geen feestdagen worden vastgesteld, die nauw samenhangen met de religieuze praktijk en de geschiedenis van elke lidstaat.

— De jaarlijkse vakantie is in artikel 7 geregeld:

„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."

20. De artikelen 8 tot en met 12 betreffen vervolgens de nachtarbeid, en artikel 13 het werkrooster.

21. Dat de richtlijn als „flexibel"[22] of „te elastisch"[23] is omschreven, is mede te wijten aan de artikelen 15, 16 en 17[24]:

— Artikel 15 luidt: „[d]eze richtlijn staat 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".

— Artikel 16 omschrijft de referentieperioden en machtigt de lidstaten een referentieperiode vast te stellen die:

„1) voor de toepassing van artikel 5 (wekelijkse rusttijd), niet langer is dan veertien dagen;

2) voor de toepassing van artikel 6 (maximale wekelijkse arbeidstijd), niet langer is dan vier maanden;

De perioden van overeenkomstig artikel 7 toegekende jaarlijkse vakantie en de perioden van ziekteverlof worden niet meegerekend of zijn neutraal voor de berekening van het gemiddelde;

22 — Riberio, M. de F., „O tempo de trabalho no direito comunitário", in Oliveira Pais, S., en Ribeiro, M. de F., *Dois temas de direito comunitário do trabalho (Incumprimento das directivas comunitárias/O tempo de trabalho no direito comunitário)*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, blz. 120 en 121.

23 — Rocella, M., Aimo, M., en Izzi, D., *Diritto Comunitario del Lavoro*, 2de druk, Giappichelli, Turijn, 1999, blz. 906.

24 — Supiot, A., „Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del „tempo di lavoro")", *Lavoro e Diritto*, jaargang 11, nr. 1, winter 1997, blz. 16, stelt dat de richtlijn in het eerste deel (artikelen 1 tot en met 16) bepaalde regels vaststelt waaraan het tweede deel (artikelen 17 en 18) elk dwingend karakter ontneemt.

3) voor de toepassing van artikel 8 (duur van de nachtarbeid), is vastgesteld na raadpleging van de sociale partners of in collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden op nationaal of regionaal niveau tussen de sociale partners.

Indien de bij artikel 5 vereiste wekelijkse minimumrusttijd van vierentwintig uren in de referentieperiode valt, wordt daarmee geen rekening gehouden voor de berekening van het gemiddelde."

— Op grond van artikel 17 mogen de nationale autoriteiten onder bepaalde voorwaarden van de communautaire bepalingen afwijken. Meer concreet kan volgens lid 2 „bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, bij collectieve overeenkomst of bedrijfsakkoord tussen de sociale partners" worden afgeweken van de artikelen 3, 4, 5, 8 en 16:

„b) voor bewakings-, surveillance- en wachtdiensten die verband houden met de noodzakelijke bescherming van goederen en personen, met name wanneer het gaat om bewakers, conciërges of bewakingsfirma's;

c) voor werkzaamheden waarbij de continuïteit van de dienst of de productie moet worden gewaarborgd, met name in geval van:

i) opvang, behandeling en/of verzorging in ziekenhuizen of soortgelijke instellingen, tehuizen en gevangenissen.

[...]"

22. Tot slot wijs ik erop dat een lidstaat volgens artikel 18 afwijkingen van de maximale duur van achtenveertig uur per week mag toestaan, mits daaraan specifieke voorwaarden zijn verbonden, waaronder de verplichting van de werkgever om van de betrokken werknemer toestemming te verkrijgen (lid 1, sub b, punt i, eerste gedachtestreepje).

B — *De Franse wetgeving*

1. De Code du travail

23. Een deel van de tekst van de Code du travail is gewijd aan de duur van de

arbeidsprestatie, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen arbeidstijd en rusttijd.[25] De bepalingen ervan zijn bij wet nr. 98-461 van 13 juni 1998[26] en wet nr. 2000-37 van 19 januari 2000[27] gewijzigd.

a) Arbeidstijd

24. Volgens artikel L. 212-1 wordt voor de in artikel L. 200-1 bedoelde instellingen of beroepen alsmede voor ambachtelijke en coöperatieve instellingen en de dependances daarvan, de wettelijke duur van de werkelijk verrichte arbeid van werknemers vastgesteld op vijfendertig uur per week (eerste alinea) en mag de dagelijkse arbeidstijd niet meer bedragen dan tien uur, behoudens afwijkingen in bij besluit vastgestelde omstandigheden (tweede alinea).

25. Artikel L. 212-2 staat de ministerraad toe, bij besluit te bepalen hoe artikel L. 212-1 wordt toegepast, en met name onder meer de organisatie van de arbeidstijd, de rusttijden, de afwijkingen en de maatregelen voor toezicht te regelen (eerste alinea).

26. De eerste alinea van artikel L. 212-4 omschrijft het begrip werkelijke arbeidstijd als de tijd waarin de werknemer ter beschikking staat van de werkgever en aan diens aanwijzingen gevolg moet geven, zonder deze aan persoonlijke zaken te kunnen besteden. De tweede alinea bepaalt dat de tijd voor het nuttigen van maaltijden en het houden van pauzes wordt aangemerkt als werkelijke arbeidstijd wanneer is voldaan aan de in de eerste alinea genoemde criteria. Zo niet, dan kan deze tijd op grond van een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst worden vergoed. De derde alinea betreft de tijd voor het omkleden, terwijl de vierde alinea voorziet in de invoering van „een met de wettelijke arbeidstijd gelijkgestelde tijd voor bepaalde beroepen en betrekkingen waarbij sprake is van tijdvakken van inactiviteit", die overeenkomstig de gebruiken of de collectieve overeenkomsten worden vergoed.

27. Volgens artikel L. 212-4 bis wordt onder een tijdvak van bereikbaarheidsdienst verstaan een tijdvak waarin de werknemer, zonder voortdurend en onmiddellijk ter beschikking van de werkgever te staan, verplicht is in zijn woonplaats of in de nabijheid te verblijven teneinde in voorko-

25 — Over de meest recente Franse regeling op dit gebied, zie Favennec-Héry, F., „L'évolution de la réglementation du temps de travail en France", Yota Kravaritou (ed.), *The Regulation of Working Time in the European Union (Gender Approach)/La réglementation du temps de travail dans l'Union européenne (Perspective selon le genre)*, Presses Interuniversitaires Européennes, Brussel, 1999, blz. 221-228. Voor de vroegere bepalingen, die in hun geheel bezien een zeer complex beeld opleverden, zie Barthélémy, J., *La durée et l'aménagement du temps de travail*, Parijs, 1989, blz. 11 e.v.

26 — *JORF* van 14 juni 1998, blz. 9029.

27 — *JORF* van 20 januari 2000, blz. 975. Deze wet beantwoordt aan de noodzaak om de bepalingen van richtlijn 93/104 om te zetten, aangezien dit blijkens het arrest van 8 juni 2000, Commissie/Frankrijk (C-46/99, Jurispr. blz. I-4379) na afloop van de gestelde termijn nog niet was geschied.

mend geval een werkzaamheid voor de onderneming te kunnen verrichten, waarbij enkel de duur van deze werkzaamheid wordt beschouwd als werkelijke arbeidstijd.

28. Volgens artikel L. 212-7, tweede alinea, mag de wekelijkse arbeidstijd berekend over een periode van twaalf aaneengesloten weken, niet meer dan vierenveertig uur bedragen. In een week mag de arbeidstijd niet meer dan achtenveertig uur bedragen.

b) Rusttijd

29. Artikel L. 220-1 bepaalt dat de dagelijkse rusttijd ten minste elf aaneengesloten uren moet bedragen (eerste alinea), hoewel bij bepaalde werkzaamheden een zeker onderscheid mogelijk is (tweede alinea).

30. De wekelijkse rusttijd moet volgens artikel L. 221-4 ten minste vierentwintig aaneengesloten uren bedragen, waaraan de uren dagelijkse rusttijd worden toegevoegd (eerste alinea).

2. Besluit nr. 2001-1384

31. Dit besluit is op 31 december 2001 vastgesteld ter uitvoering van artikel L. 212-4 van de Code du travail met het oog op de invoering van een met de wettelijke arbeidstijd gelijkgesteld tijdvak in particuliere sociale en medisch-sociale instellingen zonder winstoogmerk.[28]

32. Het bevat vier bepalingen:

— Artikel 1 bakent het toepassingsgebied van de regeling af, dat zich uitstrekt tot 1) de in de punten 1, 2, 4, 5 en 8 van artikel L. 312-1 van de Code de l'action sociale et des familles bedoelde instellingen met een nachtverblijf die worden beheerd door particulieren zonder winstoogmerk en 2) voltijdse betrekkingen van opvoedkundig personeel, verplegers of ziekenverzorgers of personeel met dezelfde kwalificaties dat hen vervangt, waarbij zij die deze betrekkingen bekleden in een waakkamer in de instelling nachtelijk toezicht houden.

28 — *JORF* van 3 januari 2002, blz. 149.

— Volgens artikel 2 gelden voor de berekening van de wettelijke arbeidstijd in de in artikel 1 van dit besluit bedoelde instellingen en betrekkingen de eerste negen uren van elk tijdvak van nachtelijk toezicht in een waakkamer als drie werkelijke arbeidsuren en elk volgend uur als een half arbeidsuur.

— Volgens artikel 3 loopt de periode van aanwezigheid in de waakkamer van de tijd waarop de opgevangen personen naar bed gaan tot de tijd waarop zij opstaan, zoals bepaald in de dienstroosters, met dien verstande dat deze periode niet meer dan twaalf uur mag bedragen.

— Tot slot rust volgens artikel 4 de bevoegdheid tot uitvoering van de voorgaande bepalingen bij de ministers van Arbeid en Solidariteit, Justitie en Binnenlandse Zaken.

III — De feiten, het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

33. Abdelkader Dellas, de Confédération générale du travail, de Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT en de Fédération nationale de l'action sociale Force Ouvrière hebben bij de Section du contentieux (Afdeling Bestuursrechtspraak) van de Conseil d'État beroep ingesteld tegen besluit nr. 2001-1384 op grond dat artikel L. 212-4 van de Code du travail onjuist is toegepast, een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt, de wettelijke doelstelling van verkorting van de arbeidstijd en het beginsel van gelijkheid met openbare instellingen zijn geschonden, artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is geschonden en dat met de invoering van een stelsel van gelijkstelling de doelstellingen van richtlijn 93/104 zijn miskend.

34. De Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, social et médico-social (UNIFED) is in de procedure tot nietigverklaring toegelaten tot interventie aan de zijde van het bestuur.

35. De Conseil d'État heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet, gelet op het doel van richtlijn 93/104 van de Raad van 23 november 1993 — dat er volgens artikel 1, lid 1, in bestaat, minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd te bepalen — de definitie van het begrip arbeidstijd die deze richtlijn geeft enkel worden geacht te gelden voor de daarin neergelegde communautaire drempels, of heeft deze definitie een algemene

draagwijdte en heeft zij derhalve ook betrekking op de drempels waarin de nationale regelingen voorzien, in het bijzonder ter omzetting van de betrokken richtlijn, ook al zijn deze laatste, zoals in Frankrijk is geschied ter bescherming van de werknemers, wellicht op een hoger niveau van bescherming vastgesteld dan die van de richtlijn?

2) In hoeverre kan een strikt proportioneel stelsel van gelijkstelling, waarbij alle uren aanwezigheid in aanmerking worden genomen, zij het met toepassing van een wegingsmechanisme op basis van de geringere arbeidsintensiteit gedurende de tijdvakken van inactiviteit, als verenigbaar met de doelstellingen van richtlijn 93/104 van de Raad van 23 november 1993 worden beschouwd?"

IV — De procedure voor het Hof

36. Schriftelijke opmerkingen zijn binnen de in artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG gestelde termijn ingediend door Dellas, de Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, UNIFED, de Duitse, de Belgische, de Nederlandse en de Franse regering, alsook de Commissie.

37. Ter terechtzitting van 12 mei 2005 hebben de vertegenwoordigers van de Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, van de Franse en de Nederlandse regering en van de Commissie hun standpunt mondeling toegelicht.

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

38. De Conseil d'État verzoekt het Hof twee aspecten van richtlijn 93/104 te onderzoeken: hebben de in de richtlijn vervatte begrippen betrekking op de drempels die in de richtlijn zijn voorzien of op die welke in de nationale uitvoeringsregelingen zijn bepaald, en is de invoering van een stelsel van gelijkstelling dat rekening houdt met de intensiteit van de arbeid verenigbaar met de richtlijn.

39. Voorafgaand aan het onderzoek van de rechtstreeks toepasselijke rechtspraak wil ik enkele overwegingen wijden aan de invloed van de tijd op de arbeid en de berekening ervan, omdat deze elementen het onderzoek van de prejudiciële vragen vergemakkelijken. Ik zal mijn onderzoek aanvangen met de tweede vraag, aangezien de grenzen van het proportionele stelsel enkel behoeven te worden onderzocht, indien vaststaat dat dit stelsel met de richtlijn verenigbaar is; in het tegengestelde geval zou een onderzoek van deze vraag zinloos zijn. [29]

29 — Om met Johansson, A., en Meyer, F., in „La légalité des heures d'équivalence en question (À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 3 decembre 2003)", *Droit ouvrier*, april 2004, blz. 157, te spreken: de eerste vraag is slechts zijdelings van belang.

A — *Arbeidstijd*

1. De begrenzing van de dagelijkse arbeidstijd

40. „Er bestaat een fundamentele gelijkheid. Onafhankelijk van de sociale omstandigheden heeft de dag voor iedereen vierentwintig uur. Technisch bezien is tijd iets wat onmogelijk kan worden gefabriceerd". [30] Deze gedachte geeft uitdrukking aan de bijzondere betekenis die de factor tijd heeft in het kader van de arbeidsovereenkomst en de daarmee verbonden werkzaamheden, daar de tijd de duur van beide bepaalt en tegelijkertijd vorm geeft aan belangrijke aspecten van de rechtspositie van de arbeider, zowel individueel als collectief. [31]

41. Arbeid wordt net als alle andere activiteiten in de tijd verricht. De begrenzing van de dagelijkse of wekelijkse duur ervan gebeurt op grond van economische criteria: zij moet lang genoeg moet zijn om een loon te ontvangen waarmee de werknemer zijn „natuurlijke behoeften" kan bevredigen. [32] De werkgever daarentegen neemt werknemers aan om winst te maken, omdat hij de markt van goederen en diensten moet voorzien.

42. Gelet op deze twee tegengestelde belangen dient de werkdag zo lang te duren als nodig is om met het resultaat van de verrichte inspanning, tezamen met de overige productiefactoren, het voortbestaan van de ene partij zeker te stellen en in de financiering en winst van de andere partij te voorzien.

43. Terwijl het echter in economisch opzicht essentieel lijkt een minimum vast te stellen waaronder de werkgever minder of zelfs in het geheel geen winst meer maakt, moet vanuit sociaal en juridisch oogpunt een maximum worden bepaald om de gezondheid van de werknemers te beschermen.

44. Verschillende aspecten spelen daarbij een rol: financiële aspecten, waaronder de werkgelegenheid en het loonniveau; technische aspecten, zoals de automatiseringsgraad van industrieën, en institutionele aspecten, die voortvloeien uit collectieve overeenkom-

30 — Anisi, D., *Creadores de escasez*, Alianza Ed., Madrid, 1995.

31 — Supiot, A., merkt in „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*, op. cit., blz. 108-111, op, dat tijd het mogelijk maakt de bevoegdheden van de werkgever met betrekking tot de werknemer te beperken en het rendement van de werknemer te beoordelen; in het algemeen dient tijd ertoe om het arbeidsritme te bepalen.

32 — Marx, K., *Das Kapital*, eerste deel, derde afdeling, hoofdstuk VIII: „De arbeidsdag". Het derde deel, zevende afdeling, hoofdstuk XLVIII bevestigt deze gedachte: „Zoals de wilde tegen de natuur moet strijden om zijn behoeften te bevredigen, om zijn middelen van bestaan te vinden en te reproduceren, moet ook de geciviliseerde mens dit doen, en wel onder alle sociale omstandigheden en bij alle mogelijke productiewijzen".

sten of wettelijke regelingen.[33] In dit laatste verband heeft een van de eerste voorbeelden van staatsinterventionisme in de arbeidsverhoudingen geleid tot de vaststelling van een bovengrens voor de arbeidstijd door de invoering van een gemeenschappelijke regeling, van bijzondere regelingen en van een reeks uitzonderingen. Historisch heeft de arbeidstijd zich ontwikkeld van ruim 4 000 uur arbeid per persoon per jaar in de eerste decennia van de negentiende eeuw, naar thans gemiddeld 1 600 tot 1 900 uur.[34]

45. Dankzij de vaststelling van deze grens is tevens een onderscheid mogelijk tussen gewone en buitengewone activiteiten, wat belangrijke gevolgen heeft, omdat voor ongebruikelijke werkzaamheden bijzondere regels gelden.[35]

2. De berekening van de arbeidstijd

46. Nu het belang van de afbakening van de periode waarin de werknemer zich van zijn verplichtingen kwijt duidelijk is, moet worden vastgesteld welke momenten deze periode begrenzen.

47. Van oudsher werd arbeidstijd berekend in ononderbroken tijdvakken van verschillende duur tijdens welke „werkelijk" arbeid werd verricht. Dit werd aangeduid met productiviteit, waarvan ook de beloning afhankelijk was.

48. Vervolgens werden de pauzes voor het nuttigen van maaltijden of voor het omkleden meegeteld, evenals de loutere aanwezigheid op de werkplek of de uren dat men ter beschikking van de werkgever stond, hoewel de kenmerken van deze omstandigheden niet precies waren gedefinieerd.[36]

49. De berekening beperken tot de perioden waarin de werkzaamheden van de werknemer rendement voor de werkgever genereren, leidt tot talrijke moeilijkheden vanwege de diversiteit in de wijze waarop de arbeid kan worden verricht, de verschillende manieren waarop de arbeid kan worden georganiseerd en de voortdurende veranderingen in de technische middelen die de werkwijze beïnvloeden en wijzigen.

50. Dit is ook het geval wanneer bij de berekening de mate van ondergeschiktheid aan de werkgever of de aanwezigheid op de werkplek in aanmerking wordt genomen.

33 — Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 22ste druk., Tecnos, Madrid, 2001, blz. 342.

34 — Riechmann, J., y Recio, A., *Quien parte y reparte... (el debate sobre la reducción del tiempo de trabajo)*, Icaria, Barcelona, 1997, blz. 10.

35 — Merino Senovilla, H., *El trabajo... a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, blz. 166 en 167.

36 — García Ninet, J.I., „La jornada de trabajo", in Borrajo Dacruz, E. (dir.), *El Estatuto de los trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, deel VII, Edersa, Madrid, 1982, blz. 90 e.v.

51. Geschikter lijkt derhalve een ruim beoordelingsmechanisme dat gedetailleerde classificaties vermijdt, niet iedere activiteit of functie definieert en de toepassing van onevenredige en onrechtvaardige oplossingen uitsluit.[37]

B — *De toepasselijke rechtspraak*

52. Het Hof heeft reeds enkele aspecten van richtlijn 93/104 onderzocht: naast de uitspraak over de rechtsgrondslag van de richtlijn in het eerder besproken arrest Verenigd Koninkrijk/Raad, heeft het ook het doel van de richtlijn gepreciseerd en de begrippen „arbeidstijd" en „rusttijd" van artikel 2 uitgelegd.[38] Van bijzondere betekenis zijn de arresten BECTU, reeds aangehaald, SIMAP[39], Jaeger[40] en in mindere mate Wippel.[41]

1. Het doel van richtlijn 93/104

53. In het algemeen beoogt richtlijn 93/104 de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers te verbeteren door middel van harmonisatie van de nationale regelingen met betrekking tot met name de duur van de arbeidstijd. Dit blijkt uit de eerste, de vierde, de zevende en de achtste overweging van de considerans van de richtlijn, alsmede uit artikel 118 A EG-Verdrag, dat de rechtsgrondslag ervan vormt.[42]

54. De onderlinge afstemming moet een betere bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers garanderen door hen dagelijkse, wekelijkse en jaarlijkse minimumrusttijden en voldoende pauzes te waarborgen en door een maximumduur van de werkweek te bepalen.[43] Deze bescherming is een sociaal recht dat aan alle werknemers is toegekend als een ter bescherming van hun veiligheid en hun gezondheid noodzakelijk minimumvoorschrift[44] en dat zonder onderscheid van toepassing is op voltijdwerkers en deeltijdwerkers.[45]

37 — Merino Senovilla, H., op. cit., blz. 168-170.

38 — Het Hof heeft ook andere begrippen onderzocht. Zo heeft het zich bijvoorbeeld de afgelopen jaren, in het arrest van 4 oktober 2001, Bowden e.a. (C-133/00, Jurispr. blz. I-7031), uitgesproken over artikel 1, lid 3, met betrekking tot werknemers in de sector wegvervoer; in het reeds aangehaalde arrest BECTU, dat artikel 7, lid 1, betrof, dat de jaarlijkse vakantie regelt, stelde het vast dat het om een recht gaat waar niet van mag worden afgeweken en achtte het een nationale regeling volgens welke dat recht eerst wordt verworven na een minimumtijdvak van ononderbroken tewerkstelling bij dezelfde werkgever, onverenigbaar met het gemeenschapsrecht (punten 43 e.v.). Het arrest van 25 oktober 2001, Finalarte e.a. (C-49/98, C-50/98, C-52/98–C-54/98 en C-68/98–C-71/98, Jurispr. blz. I-7831) betrof eveneens de duur van de jaarlijkse vakantie. En volgens het arrest van 18 maart 2004, Merino Gómez (C-342/01, Jurispr. blz. I-2605) diende het begrip „aldus [te worden uitgelegd] dat wanneer de periode van het zwangerschapsverlof van een werkneemster samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie voor het gehele personeel, niet aan de eisen van de richtlijn inzake de jaarlijkse vakantie met behoud van loon is voldaan" (punt 33).

39 — Arrest van 3 oktober 2000 (C-303/98, Jurispr. blz. I-7963).

40 — Arrest van 9 september 2003 (C-151/02, Jurispr. blz. I-8389).

41 — Arrest van 12 oktober 2004 (C-313/02, Jurispr. blz. I-9483).

42 — Arresten BECTU, punt 37; Jaeger, punt 45, en Wippel, punt 46.

43 — Arresten SIMAP, punt 49; BECTU, punt 38; Jaeger, punt 46, en Wippel, punt 47.

44 — Arresten BECTU, punt 47, en Wippel, punt 47.

45 — Arrest Wippel, punt 48.

2. De begrippen „arbeidstijd" en „rusttijd"

55. De activiteiten van artsen van ploegen voor eerstelijnszorg, die hetzij fysiek aanwezig moeten zijn in de gezondheidscentra, hetzij oproepbaar moeten zijn, waren voor het Hof aanleiding om een aantal criteria te formuleren met betrekking tot de draagwijdte van de in richtlijn 93/104 gegeven definities.

56. In het arrest SIMAP verklaarde het Hof enerzijds dat de begrippen van de eerste twee leden van artikel 2 tegenover elkaar staan (punt 47) en dat er anderzijds een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie van artsen die fysiek in het ziekenhuis aanwezig zijn om wachtdiensten te verrichten, welke diensten „in hun geheel" als arbeidstijd moeten worden beschouwd (punten 48, 49 en 52), en de situatie van artsen die weliswaar bereikbaar moeten zijn, maar wier aanwezigheid in het ziekenhuis niet is vereist, in welk geval enkel de tijd telt die is „verbonden met het werkelijk verrichten van diensten" (punt 50).

57. Het Hof heeft deze criteria voor het eerst algemeen toegepast in beschikking CIG van 3 juli 2001,[46] waarin het vaststelde dat het medisch en verplegend personeel dat diensten verricht in de wachtdiensten, de ploegen voor eerstelijnszorg en andere diensten die buiten het ziekenhuis dringend medische bijstand verlenen, subjectief gezien onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, zodat deze diensten „in hun geheel als arbeidstijd moeten worden beschouwd en eventueel als overuren in de zin van richtlijn 93/104".

58. In het arrest Jaeger heeft het Hof deze criteria herhaald met betrekking tot beschikbaarheidsdiensten die in ziekenhuizen worden verricht door artsen die mogen slapen wanneer hun diensten niet nodig zijn. Na een aantal punten van het arrest SIMAP te hebben weergegeven en de overeenkomsten tussen de onderzochte activiteiten in beide gevallen te hebben vastgesteld, verklaarde het Hof dat de betrokken begrippen „niet [moeten] 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 moeten worden omschreven". Slechts „een dergelijke autonome uitlegging" kan de volle werking en een uniforme toepassing verzekeren (punt 58); afwijkingen zijn niet toegestaan (punten 81 en 91). „De omstandigheid dat de definitie van het begrip ‚arbeidstijd' naar de ‚nationale wetten en/of gebruiken' verwijst, betekent [derhalve] niet dat de lidstaten eenzijdig de strekking van dit begrip kunnen bepalen". De lidstaten mogen dan ook „geen enkele voorwaarde verbinden aan

46 — C-241/99, Jurispr. blz. I-5139, punten 33 en 34.

het recht van de werknemers op inaanmerkingneming van de arbeidstijd en van de desbetreffende rusttijd" (punten 59 en 82).

59. Het Hof vervolgde dat, aangezien voor de conclusie dat de perioden van beschikbaarheidsdienst de kenmerken van het begrip arbeidstijd vertonen, „beslissend" is dat de arts fysiek aanwezig moet zijn op de door de werkgever aangewezen plek en zich daar ter beschikking van deze laatste moet houden om, indien nodig, onmiddellijk zijn diensten te kunnen verlenen (punt 63), kan niet worden gesteld dat hij rust gedurende de perioden waarin hij niet daadwerkelijk zijn beroepswerkzaamheden uitoefent (punt 65). Bovendien kenmerken de „gelijkwaardige compenserende rusttijden" in de zin van artikel 17, leden 2 en 3, van de richtlijn zich door het feit dat op de werknemer gedurende die tijden ten aanzien van zijn werkgever „geen enkele verplichting rust die hem kan belemmeren om zich vrijelijk en ononderbroken met zijn eigen zaken bezig te houden" (punt 94).

60. Het Hof heeft deze lijn voortgezet in het arrest Pfeiffer e.a.[47] In geding waren aldaar de perioden van dienstwaarneming/permanentie die ambulancehulpverleners verrichten in het kader van een dienst voor medische spoedhulp, die tussen de spoedinterventies meer of minder lange perioden omvat waarin geen werkzaamheden worden verricht. Het Hof heeft verklaard dat dergelijke perioden „bij de bepaling van de maximale dagelijkse en wekelijkse arbeidstijd [...] volledig [moeten] worden meegerekend" (punten 93 tot en met 95).

3. Conclusie

61. Volgens het Hof heeft richtlijn 93/104 tot doel de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te verbeteren. Om dat doel te bereiken, gaat zij uit van een binair tijdsbegrip: arbeidstijd en rusttijd. Het eerste begrip verlangt dat bepaalde criteria cumulatief zijn vervuld, te weten de werknemer moet fysiek op de werkplek aanwezig zijn, hij moet ter beschikking van de werkgever staan en hij moet zijn werkzaamheden verrichten.[48] Het tweede begrip is gedefinieerd als het tegendeel van het eerste.

62. Met betrekking tot de arbeidstijd is van belang, dat het hier om een regeling gaat die in de eerste plaats doch niet uitsluitend[49] is geënt op de hiervoor genoemde waarden,

47 — Arrest van 5 oktober 2004 (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835).

48 — In Frankrijk bestaan uiteenlopende meningen over de vraag of de Cour de cassation hetzelfde begrip heeft overgenomen (Barthélémy, J., *La notion de durée du travail et la civilisation de l'information*, JCP éd. G 1998 — I — 114, blz. 375-379) dan wel een ruimer begrip hanteert, waarbij de drie criteria niet cumulatief behoeven te zijn vervuld (Bélier, B., „Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination", *Droit social*, 1998, blz. 5340 e.v.; Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée (L'exemple du droit du travail français)*, deel II, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2000, blz. 583).

49 — Arrigo, G., op. cit., blz. 216.

teneinde bescherming te bieden tegen de gevaren van onvoldoende rust, een excessieve duur van de activiteit of een ongeoorloofde wijze van organisatie daarvan.

63. De rusttijd kenmerkt zich daarentegen door het ontbreken van ondergeschiktheid aan de werkgever.

C — *Het stelsel van gelijkstelling in het licht van de rechtspraak*

64. Volgens het Franse wegingssysteem [50] kunnen bepaalde wachtperioden die op bepaalde werkplekken worden doorgebracht, in beperkte mate als „werkelijke arbeidstijd" worden aangemerkt. [51] Dit wordt gerechtvaardigd door het bestaan van aan het werk inherente perioden van inactiviteit [52] of, in de woorden van de Conseil d'État, doordat het werk in sommige sectoren met onderbrekingen of geringere intensiteit wordt verricht. [53]

65. De indeling arbeidstijd/rusttijd wordt hierdoor derhalve niet miskend, omdat de in de waakkamers doorgebrachte perioden juridisch niet als rusttijd worden aangemerkt, maar tot de werkdag worden gerekend, zij het in mindere mate.

66. Deze wijze van berekening van de op de werkplek doorgebrachte tijd strookt niet met de uitlegging die in de rechtspraak aan richtlijn 93/104 is gegeven, omdat de uren die aan het verrichten van de werkzaamheden zijn besteed, zonder korting in hun geheel als arbeidstijd zijn aan te merken. [54]

D — *Voorgestelde oplossing*

67. Dat de op de werkplek doorgebrachte uren niet naar gelang van het rendement van

50 — Sommige auteurs schrijven de oorsprong ervan toe aan de 40-uren-wet van 21 juni 1936, zoals bijvoorbeeld Morand, M., „Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire", *Semaine sociale Lamy*, nr. 1138, 6 oktober 2003, blz. 6; anderen, waaronder Johansson, A., en Meyer, F., op. cit., blz. 154, voeren het systeem terug op een initiatief van de Vichy-regering van 1942 en stellen dat een stelsel van gelijkstelling in overeenstemming met de definitie van werkelijke arbeid in de zin van de Code du travail (blz. 155 en 156) naar nationaal recht onmogelijk kan worden gerechtvaardigd.

51 — Morel, F., *Temps de travail — Durée, réduction et aménagement*, Revue fiduciaire, Parijs, 2003, blz. 58 e.v.

52 — Zie in deze zin Gatumel, D., *Le droit du travail en France (principes et approche pratique du droit du travail)*, Édition Francis Lefebvre, 4de druk., Parijs, 1993, blz. 215.

53 — Morand, M., op. cit., blz. 6, stelt dat het Franse stelsel van gelijkstelling op het Duitse recht lijkt, in die zin dat het wachtdiensten afhankelijk van de gemiddelde duur van de verlangde diensten met arbeid gelijkstelt, zoals dit in het arrest Jaeger is onderzocht (blz. 8).

54 — Deze mening wordt onder meer gedeeld door Morel, F., op. cit., blz. 342; Morand, M., op. cit., blz. 144, en Johansson, A. en Meyer, F., op. cit., blz. 157 en 158.

de werknemer gedifferentieerd kunnen worden berekend, is het gevolg van de eis van het Hof dat aan de drie cumulatieve criteria van artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/104 moet zijn voldaan, wil men van arbeidstijd kunnen spreken. Deze eis leidt tot een bipolaire tegenstelling die aan de invoering van nieuwe begrippen in de weg staat en aan de laatste ontwikkelingen in de arbeidsverhoudingen voorbijgaat. En dit leidt weer tot andere problemen, zoals de lidstaten in hun schriftelijke opmerkingen hebben toegelicht, omdat perioden van inactiviteit tijdens het werk daardoor buiten beschouwing blijven, het resultaat van de arbeidsprestatie niet in aanmerking wordt genomen en andere categorieën niet worden toegestaan, wat de invoering van een derde tijdsbegrip, namelijk de zogeheten gemengde of „grijze" tijd, belet.[55]

68. Met deze uitlegging week het Hof af van de door de advocaten-generaal in de zaken SIMAP en Jaeger voorgestelde oplossing om de in de betrokken bepaling genoemde elementen afzonderlijk te bezien.

69. Advocaat-generaal Saggio stelde in de eerstgenoemde zaak[56] dat, hoewel de formule van artikel 2 tot de conclusie zou moeten leiden dat voor de berekening van de arbeidstijd alleen de tijdvakken in aanmerking komen waarin aan de drie criteria is voldaan, een andere conclusie zich opdringt wanneer men aan de in dat artikel gebruikte algemene uitdrukkingen concrete betekenis wil toekennen, daar de gelijktijdige toepassing van de drie criteria nauwelijks verenigbaar is met de doelstellingen van de richtlijn (punt 34). Voorts heeft de advocaat-generaal op de praktische consequenties van de cumulatie van de criteria gewezen (punt 35).

70. In mijn conclusie in de zaak Jaeger heb ik dezelfde opvatting verdedigd (punt 28), met dien verstande dat de vervulling van slechts één van de criteria mijns inziens niet volstaat om bepaalde perioden als arbeidstijd aan te merken (punt 29). Ik heb uiteengezet, dat de perioden waarin de werknemer op de werkplek verblijft en ter beschikking van de werkgever staat, arbeidstijd vormen, ook wanneer hij geen werkzaamheden verricht, aangezien de werkgever op elk moment taken onder het personeel kan verdelen. Hetzelfde geldt voor de tijdstippen waarop een werknemer op het werk zijn werkzaamheden verricht, maar niet ter beschikking van

55 — Waquet, P., „Le temps de repos", *Droit social*, 2000, blz. 288, spreekt van een „derde tijd"; zie tevens Ray, V.J.-E., „Les astreintes, un temps du troisième type", *Droit social*, 1999, blz. 250. Barthélémy, J., „Temps de travail et de repos: l'apport du droit communautaire", *Droit social*, 2001, blz. 78, heeft het over een „grijze tijd".

56 — Volgens Baron, F., „La notion de temps de travail en droit communautaire", *Droit social*, 2001, blz. 1098, heeft hij „zeer gewichtige" argumenten aangevoerd. Deze auteur bekritiseert het feit dat het Hof niet de door de advocaat-generaal voorgestelde benadering heeft gevolgd, die vanwege haar duidelijkheid de voorkeur genoot, omdat richtlijn 93/104 met name op de bescherming van werknemers is gericht. Zie, in dezelfde zin, Morel, F., „Travail et repos: quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national?", *Droit social*, 2004, blz. 143, die eveneens de voorkeur geeft aan de stelling van de advocaat-generaal.

de werkgever staat omdat hij een ruime zelfstandigheid geniet om een concreet resultaat te bereiken, alsook voor de tijdstippen waarop hij wel ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden verricht, maar dit niet op de werkplek doet (punt 30).[57]

71. De rechtspraak van het Hof heeft bovendien tot onrust geleid bij de gemeenschapswetgever, die tot wijziging van de geldende bepalingen heeft besloten.[58] Zo wil het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2003/88[59] twee nieuwe begrippen introduceren: „aanwezigheidsdienst", gedurende welke de werknemer op zijn werkplek of enige andere door de werkgever aangewezen werkplek beschikbaar blijft voor het verrichten van zijn gebruikelijke werkzaamheden en/of bepaalde werkzaamheden en taken die verband houden met zijn dienst (artikel 2, punt 1 bis), en „wacht- of slaapuren tijdens de aanwezigheidsdienst", gedurende welke de werknemer aanwezigheidsdienst in genoemde zin heeft, maar geen enkele werkzaamheid in verband met zijn dienst verricht (artikel 2, punt 1 ter). „De totale aanwezigheidsdienst" wordt als arbeidstijd beschouwd, maar „[d]oor middel van collectieve overeenkomsten of andere bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners, wetgeving of regelingen" kunnen de wacht- en slaapuren „op een specifieke wijze worden berekend om te voldoen aan de gemiddelde maximale arbeidstijd per week, die is vastgelegd in artikel 6" (artikel 2 bis).[60]

72. De mogelijkheid om via wetgeving of overeenkomsten toe te staan, dat de „inactieve" uren op specifieke wijze worden berekend, zou bewerkstelligen dat het stelsel van gelijkstelling verenigbaar met het gemeenschapsrecht wordt.

73. Op grond van al deze beschouwingen blijf ik bij het standpunt dat ik in eerdere conclusies heb verdedigd en geef ik het Hof in overweging de begrippen flexibeler in te vullen, zodat een bepaalde periode als arbeidstijd kan worden aangemerkt zonder dat cumulatief aan alle in artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/104 genoemde criteria is voldaan, zij het dat de vervulling van één enkel criterium evenmin volstaat.

57 — Deze redenering had volgens Morel, F., op. cit., blz. 143, het voordeel dat zij flexibel en logisch is.

58 — Zie de mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's en de sociale partners op communautair niveau over de herziening van richtlijn 93/104/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd [COM(2003) 843 def.], in het bijzonder punt 3.2, „Gevolgen van de jurisprudentie van het Hof" (blz. 22 en 23). Het Economisch en Sociaal Comité schrijft in zijn advies over die mededeling (PB 2004, C 302, blz. 74) de reden dat „de arresten zo'n verrassing zijn geweest voor zowel de Europese instellingen als de lidstaten" toe aan het feit dat „het ernaar [uitziet] dat voordat tot de richtlijn [93/104] werd besloten, niet grondig genoeg is nagedacht noch voldoende is gediscussieerd over de reikwijdte van de definitie van arbeidstijd" (punt 3.2.4).

59 — COM(2004) 607 def. Volgens de toelichting „werden het begrip ‚arbeidstijd' en dus ook de belangrijkste bepalingen van de richtlijn sterk beïnvloed door de wijze waarop het Hof van Justitie de bepalingen van deze richtlijn in een aantal prejudiciële zaken op grond van artikel 234 van het Verdrag interpreteerde. Bijgevolg heeft de Commissie het nuttig en nodig gevonden de gevolgen van deze jurisprudentie te bestuderen, met name van de arresten in de zaken SIMAP en Jaeger, volgens welke aanwezigheidsdiensten van artsen als arbeidstijd moeten worden aangemerkt wanneer hun fysieke aanwezigheid in het gezondheidscentrum vereist is" (punt 3). Dit laat onverlet dat, zoals de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, de voorgestelde wijzigingen een politieke wil weerspiegelen: de lidstaten de hand reiken om hen meer handelingsvrijheid te geven. Bij de voordracht van deze conclusie had het Europees Parlement het voorstel in eerste lezing gewijzigd, zodat ik mij baseer op de tekst die deze instelling op 11 mei 2005 heeft goedgekeurd [wetgevingsresolutie van het Europees Parlement over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (COM(2004) 0607 — C6-0122/2004 — 2004/0209(COD)], te raadplegen via www.europarl.eu.int.

60 — In dezelfde zin, Barthélémy, J., „Temps de travail [...]", op. cit., blz. 77 en 78.

74. Aanvaardt het Hof dit voorstel, dan heeft dit voor de berekening van de arbeidstijd tot gevolg dat het proportionele stelsel met de gemeenschapsregeling verenigbaar wordt en de aangekondigde wetswijziging niet behoeft te worden afgewacht.

75. De door mij aangevoerde argumenten nemen niet weg, dat aan het stelsel van gelijkstelling bepaalde nadelen kleven, want aangezien het een juridische fictie inhoudt (bedoeld om de waarde van de loutere aanwezigheid van de werknemer op de werkplek in afwachting van de door hem te verrichten werkzaamheden te verminderen wegens de vermoedelijk geringere productiviteit), moeten er richtsnoeren worden vastgesteld voor het percentage waarmee de duur van de arbeidstijd wordt verkort.

76. Anderzijds leidt een te vergaande flexibilisering van de begrippen tot een grote vervaging van het onderscheid tussen deze begrippen en bevordert het overeenkomsten tot verlenging van de arbeidstijd, want ondanks het feit dat de gestelde grenzen formeel zouden worden nageleefd — de werkelijke arbeidstijd, hoe ruim ook geformuleerd [61], zou binnen deze grenzen blijven — zouden zij in werkelijkheid worden overschreden, hetgeen de bescherming van de betrokken werknemers zou aantasten. In dit verband heeft de gemachtigde van de Franse regering zelf ter terechtzitting erkend, dat de in de richtlijn voorziene wekelijkse bovengrens af en toe wordt overschreden.

77. Bovendien beschikt de betrokkene niet vrijelijk over de tijd die hij in de waakkamer doorbrengt. De uitvoering van de arbeidsovereenkomst zal immers naar gelang van het geval één, twee of meer prestaties verlangen; dit aantal is niet bij voorbaat bekend. Zo zal het ook voorkomen dat de nacht rustig verloopt, zonder dat de betrokkene in actie hoeft te komen. De verschillende mogelijkheden en relevante factoren laten zich moeilijk in een billijke en proportionele formule vatten.

78. Vanuit dit oogpunt is de berekening van de arbeidstijd méér dan een simpele rekensom. Met de definitie van arbeidstijd wordt een garantiekader voor de zwakkere partij geboden en een rechtsregeling in het leven geroepen die de ontwikkeling van een voortdurende verbetering van de arbeidsomstandigheden weerspiegelt. Door equivalente aspecten vast te leggen, verlaat men een protectionistische houding en beoordeelt men de verrichte werkzaamheden op een civielrechtelijke wijze, die uitgaat van materiële gelijkheid. [62]

79. Ten slotte acht ik het vanwege de beperkte werkingssfeer van richtlijn 93/104 niet raadzaam op andere geschilpunten in te

61 — Favennec-Héry, F., „Les 35 heures: injonction ou incitation", *Droit social*, 1997, blz. 1073 e.v.

62 — Zie, over deeltijdarbeid, Merino Senovilla, H., op. cit., blz. 173 en 174.

gaan, zoals het nut van het proportionele stelsel voor de bepaling van de hoogte van de beloning[63], waaraan in enkele van de in deze prejudiciële procedure ingediende schriftelijke opmerkingen is gerefereerd. De bevoegdheid tot regulering van de berekeningswijzen van de beloning van minder arbeidsintensieve perioden staat niet ter discussie.[64] Hoe dan ook staan financiële gevolgen, zoals het Hof in de aangehaalde arresten heeft uitgemaakt, niet in de weg aan de uitvoering van de gemeenschapsbepalingen; de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn stelt duidelijk „dat de verbetering van de veiligheid, de hygiëne en de gezondheid van de werknemers [...] niet aan overwegingen van zuiver economische aard ondergeschikt mag worden gemaakt".

E — *De toepassing van de communautaire begrippen*

80. Richtlijn 93/104 bepaalt dat de wekelijkse arbeidstijd maximaal achtenveertig uur in zeven dagen mag bedragen (artikel 6). De overige bepalingen zien op de dagelijkse rusttijd (artikel 3), pauzes (artikel 4), de wekelijkse rusttijd (artikel 5) en de jaarlijkse vakantie (artikel 7), hetgeen voortvloeit uit de noodzaak werknemers tegen zichzelf te beschermen, daar zij van nature ertoe neigen meer te werken om meer te verdienen.[65] Nachtarbeid is strenger geregeld, want deze mag niet langer zijn dan „acht uren per tijdvak van vierentwintig uur" en daarvoor gelden andere garanties (artikelen 8 tot en met 11).

81. De nationale regelingen mogen bij de omzetting van de richtlijn een hoger beschermingsniveau bieden, dat algemeen en niet analytisch — bepaling voor bepaling — moet worden beoordeeld, omdat anders het systeem zou worden verstoord als gevolg van een wijziging van de elementen ervan.

82. Hieruit blijkt dat de wekelijkse arbeidstijd volledig is gebaseerd op de communautaire begrippen, die structureel van aard zijn. Het kan niet worden toegestaan dat een lidstaat deze wekelijkse arbeidstijd verkort via een achterdeurtje dat deze begrippen schendt.

83. Weliswaar kan van bepaalde gemeenschapsbepalingen worden afgeweken[66], doch

63 — Zie, over de verenigbaarheid in dat opzicht, Morand, M., op. cit., blz. 9, en Morel, F., op. cit., blz. 144, die het begrip uitbreiden tot andere gebieden als overuren of compenserende rusttijd. Volgens deze auteurs houdt artikel 212-4 van de Code du travail geen verplichting in alle gelijkgestelde uren te vergoeden en voor het minimumloon in aanmerking te nemen.

64 — Zoals de Nederlandse gemachtigde ter terechtzitting heeft opgemerkt, gaat het om een aspect dat voor de discussie niet relevant is.

65 — Waquet, P., „En marge de la loi Aubry: travail effectif et vie personnelle du salarié", *Droit social*, 1998, blz. 963-969.

66 — Algemeen (bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen) collectief (door middel van collectieve overeenkomsten) en individueel (door overeenkomsten met werknemers) — artikel 17.

niet van artikel 2, zodat de lidstaten geen speelruimte hebben om aan de in dat artikel genoemde begrippen invulling te geven. Ook de bevoegdheid om een hoger beschermingsniveau te bieden, betekent niet dat zij de basiselementen van de regeling mogen verstoren.

84. Kortom, de definities van „arbeidstijd" en „rusttijd" zijn van fundamentele aard, algemeen toepasselijk en liggen ten grondslag aan de overige bepalingen van de richtlijn. Zij staan daarom niet ter vrije beschikking van de nationale wetgevers, die weliswaar bevoegd zijn bepaalde aspecten van de arbeidstijd te regelen, maar de fundamentele eisen van het communautaire acquis moeten eerbiedigen.

VI — Conclusie

85. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Conseil d'État (Frankrijk) te beantwoorden als volgt:

„1) Richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, verzet zich niet tegen een stelsel van gelijkstelling dat in het belang van de veiligheid en de gezondheid op het werk alle uren die de werknemer op de werkplek aanwezig is in aanmerking neemt, maar daarbij de geringere intensiteit van de gedurende de perioden van inactiviteit verrichte arbeid laat meewegen.

2) Nationale bepalingen ter omzetting van deze richtlijn moeten hoe dan ook de in artikel 2 van de richtlijn omschreven begrippen eerbiedigen."