

Feestdagen naar keuze: over nut en noodzaak van flexibel en inclusief feestdagenbeleid

K.N. van der Heijden, datum 12-06-2024

Datum	12-06-2024
Auteur	K.N. van der Heijden ^[1]
JCDI	JCDI:ADS964825:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Europees arbeidsrecht Arbeidsrecht / Algemeen Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Door de jaren heen is de Nederlandse werkvloer op veel manieren diverser geworden. Het traditionele feestdagenbeleid waarbij werknemers op officiële feestdagen betaald ‘feestdagenverlof’ genieten en waarbij er geen of beperkte mogelijkheden zijn om feestdagenverlof te ruilen of te compenseren, sluit niet meer goed aan op deze veranderde werkvloer. Steeds meer werkgevers hanteren daarom een meer flexibel feestdagenbeleid. In dit artikel wordt aan de hand van bepaalde gelijke behandelingswetgeving het nut en de noodzaak van een flexibel feestdagenbeleid onderzocht.

1. Veranderingen op de werkvloer

De Nederlandse werkvloer is de afgelopen decennia sterk veranderd. Er werken steeds meer vrouwen en er wordt veel meer parttime gewerkt. Daarnaast zien we waar de christelijke religie vroeger dominant was, tegenwoordig veel meer verschillende godsdiensten.

De verandering in de werknemerspopulatie werpt ook juridische vragen op, bijvoorbeeld: hoe voorkomen werkgevers anno 2024 dat hun feestdagenbeleid verboden onderscheid maakt naar godsdienst of arbeidsduur? Kan het traditionele feestdagenbeleid juridisch gezien nog wel door de beugel?

2. Van vrij op algemeen erkende feestdagen ...

In artikel 3 van de Algemene termijnenwet staat dat Nieuwjaarsdag, de Tweede Paas- en Pinksterdag, beide Kerstdagen, Hemelvaartsdag, Koningsdag en Bevrijdingsdag algemeen erkende feestdagen zijn in de zin van die wet.^[2] Goede Vrijdag wordt in de Algemene termijnenwet met een feestdag gelijkgesteld. Deze dagen worden doorgaans ‘officiële feestdagen’ genoemd. Dit is echter geen wettelijke term. In de wet is ook niet bepaald dat werknemers recht hebben op betaald verlof op officiële feestdagen. In veel cao’s, individuele arbeidsovereenkomsten en/of arbeidsvoorwaardenreglementen is hier echter wel in voorzien.

Dergelijk beleid sloot lange tijd aan bij de kerkelijke gezindte en/of levensbeschouwing van veel werknemers in Nederland. Door de jaren heen is dit echter gewijzigd. Het deel van de Nederlandse bevolking dat geen religie aanhangt, of een andere religie dan het christelijke geloof, is fors gegroeid.^[3] Het deel van de Nederlandse werknemerspopulatie dat niet vanuit geloofsovertuiging aan de officiële christelijke feestdagen hecht, is hierdoor dus gegroeid. Tegelijkertijd zijn andere religieuze feestdagen voor steeds meer werknemers

belangrijk. Een bekend voorbeeld van zo'n feestdag is *Eid al-Fitr* (Suikerfeest). Er worden ook steeds vaker feestdagen gevierd die geen verband houden met religie, maar bijvoorbeeld met etnische achtergrond, nationaliteit en levensovertuiging. Een voorbeeld hiervan is Ketikoti.^[4]

3. ... naar flexibel feestdagenbeleid

Deze maatschappelijke veranderingen vertalen zich naar de werkvloer. Steeds meer werkgevers spelen hierop in door werknemers feestdagenverlof te laten genieten op feestdagen naar keuze.

Flexibel feestdagenbeleid komt in veel verschillende vormen voor. Zo bieden APG en ASR hun werknemers respectievelijk het recht om feestdagenverlof op een of meer officiële feestdagen om te ruilen voor feestdagenverlof op 'een andere religieuze feestdag naar keuze' of 'in overleg met de leidinggevende in te zetten op een door de werknemer gekozen ander moment'.^[5] NS biedt ook een omruilmogelijkheid: een werknemer mag maximaal drie christelijke feestdagen omruilen voor drie niet-christelijke feestdagen.^[6] Maar een omruilverzoek kan bij NS wel worden geweigerd, indien in het bedrijfsproces niet op christelijke feestdagen wordt gewerkt. Voor een deel van het (kantoor)personeel dat in bedrijfsprocessen werkt die stilliggen op de christelijke feestdagen, biedt deze ruilmogelijkheid dus geen uitkomst. Een NS-werknemer die niet volledig gebruik kan maken van de ruilmogelijkheid, moet wel 'tegen inlevering van vrijetijdaanspraken' op drie niet-christelijke feestdagen vrijgemaakt worden van diensten. Dit moet steeds uiterlijk op 1 januari worden verzocht.

ING biedt werknemers naast betaald verlof op officiële feestdagen, de mogelijkheid om op voor hen belangrijke feestdagen in totaal anderhalve dag betaald verlof en anderhalve dag onbetaald verlof op te nemen.^[7]

Als alternatief bieden sommige werkgevers een zogenoemde diversiteitsdag. Bij Achmea mag een werknemer een diversiteitsdag opnemen voor een activiteit die past bij zijn religie of levensovertuiging, of bijvoorbeeld voor activiteiten die samenhangen met arbeidsparticipatie van allochtonen, vrouwen of gedeeltelijk arbeidsgeschikten.^[8] Bij Nationale Nederlanden is de diversiteitsdag 'een voor de werknemer belangrijke dag die de werknemer vrij kan nemen'.^[9] Deze diversiteitsdag vervalt indien de werknemer de dag niet heeft opgenomen voor het einde van het kalenderjaar.

4. Verboden onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, ras of nationaliteit

Waar moeten werkgevers op letten bij het ontwikkelen van feestdagenbeleid? Een aandachtspunt is het voorkomen van verboden onderscheid op grond van onder andere godsdienst, levensovertuiging, ras of nationaliteit. Dit is van belang om voor de hand liggende juridische redenen, maar draagt ook bij aan de bevordering van 'diversity, equity en inclusion'.

4.1 Rechtspraak

Er is weinig rechtspraak over verlof op feestdagen en verboden onderscheid op bovengenoemde gronden. Circa veertig jaar geleden liet de Hoge Raad zich hier eenmaal over uit. De zaak ging over de vraag in hoeverre een islamitische werknemer verlof mocht worden geweigerd tijdens Eid al-Fitr.^[10] In de betreffende zaak was een werknemer op staande voet ontslagen omdat zij op die dag zonder toestemming niet op het werk was verschenen, nadat haar verlofaanvraag was geweigerd. De kantonrechter oordeelde dat er geen dringende reden was en redeneerde daartoe dat de werkgever de 'snipperdag' niet had mogen weigeren. Een werkgever mag een snipperdag voor het vieren van een religieuze feestdag volgens de kantonrechter alleen weigeren wegens omstandigheden op grond waarvan een werkgever van een werknemer mag verlangen om te komen werken op een algemeen erkende christelijke feestdag. Oftewel: voor het laten werken van werknemers tijdens Kerst geldt dezelfde drempel als voor het niet toestaan van verlof tijdens Eid al-Fitr.

De Hoge Raad zag dit anders en overwoog dat onderscheid naar godsdienst weliswaar verboden is, maar dat dit niet betekent dat een werkgever alleen onder bovengenoemde omstandigheden een snipperdag voor het vieren van een religieuze feestdag mag weigeren. De Hoge Raad redeneerde dat andere godsdienstige feestdagen dan de christelijke feestdagen niet vergelijkbaar zijn met de algemeen erkende christelijke feestdagen. De reden hiervoor was volgens de Hoge Raad dat christelijke feestdagen algemeen aanvaarde vrije dagen zijn geworden en andere godsdienstige feestdagen niet. Oftewel: omdat christelijke feestdagen algemeen aanvaarde feestdagen zijn en andere religieuze feestdagen niet, geldt voor het laten werken van werknemers tijdens Kerst een hogere drempel dan voor het niet toestaan van verlof tijdens Eid al-Fitr.

Verder overwoog de Hoge Raad dat indien een werknemer tijdig verlof vraagt voor de viering van een feestdag die voor hem belangrijk is, in de regel verlof moet worden verleend, maar dat dit anders kan zijn indien de bedrijfsvoering door het verlof ernstig zou worden geschaad.

In de literatuur is kritiek geuit op de benadering van de Hoge Raad. Verhulp vond het onvoldoende duidelijk in hoeverre de Hoge Raad gewicht toekent aan het grondrecht van godsdienstvrijheid.^[11] Fluit en Zondag hebben vergelijkbare kritiek. Zij schrijven dat het beter was geweest als de Hoge Raad een oordeel had gevelde over de vraag of het kunnen bijwonen van een religieus feest moet worden begrepen onder het grondrecht 'godsdienstvrijheid', en zo ja, op welke wijze dit grondrecht dan betekenis toekomt in de verhouding werkgever-werknemer met het oog op het opnemen van een vrije dag.^[12]

Aangezien we sinds het arrest van de Hoge Raad inmiddels veertig jaren en vele maatschappelijke ontwikkelingen verder zijn, is het bovendien de vraag of de overwegingen inmiddels zouden worden genuanceerd. Doordat een steeds groter deel van de bevolking het islamitische geloof aanhangt, zal op enig moment wellicht een punt (zijn) ontstaan waarop islamitische feestdagen net als christelijke feestdagen algemeen aanvaarde vrije dagen (zijn ge)worden en voor het laten werken van werknemers tijdens Kerst dus een meer vergelijkbare drempel geldt dan voor het niet toestaan van verlof tijdens Eid al-Fitr.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: "HvJ EU") oordeelde recenter - in 2019 - nog over religieuze feestdagen en de werkvloer.^[13] In die zaak ging het om een Oostenrijkse wet op grond waarvan leden van een bepaalde evangelische kerk op Goede Vrijdag recht hadden op feestdagenverlof óf een toeslag, terwijl andere werknemers dit recht niet hadden. Een werknemer die geen lid van de betreffende kerk was, vond dat hij hierdoor werd gediscrimineerd en startte een procedure. Het HvJ EU besliste dat inderdaad sprake was van directe discriminatie naar godsdienst. Een uitzonderingsgrond op grond waarvan het onderscheid conform de kaderrichtlijn gelijke behandeling (Richtlijn 2000/78/EG) was toegestaan, was volgens het HvJ EU niet aan de orde. Het HvJ EU redeneerde dat werknemers die lid zijn van de evangelische kerk en andere werknemers gelijke gevallen zijn ten aanzien van het belang om vrij te zijn op Goede Vrijdag. De werknemers die lid zijn van de kerk kunnen de vrije dag namelijk net als de niet-evangelische werknemers gebruiken voor rust of ontspanning. Dat de evangelische werknemers wél religieuze waarde hechten aan deze dag en de niet-evangelische werknemers niet, maakt hen volgens het HvJ EU nog geen onvergelijkbare gevallen. De niet-evangelische werknemers moesten onder dezelfde voorwaarden als de evangelische werknemers recht hebben op een vrije Goede Vrijdag.

4.2 Toepassing op feestdagenbeleid

Een vraag waarover de Hoge Raad en het HvJ EU zich nog niet hebben gebogen, is de vraag of sprake is van verboden onderscheid in de situatie dat een werkgever een 'traditioneel inflexibel feestdagenbeleid' hanteert: het betaalde feestdagenverlof bij een werkgever is afgestemd op de officiële feestdagen en werknemers kunnen het feestdagenverlof niet ruilen voor feestdagenverlof op een andere dag. Dit komt veel voor.

Dergelijk beleid leidt ertoe dat een christelijke werknemer feestdagenverlof geniet op de voor zijn godsdienst geldende feestdagen en dus geen vakantieverlof hoeft op te nemen om vrij te zijn op deze dagen. Een werknemer die een andere godsdienst aanhangt, bijvoorbeeld de islam, moet wel vakantieverlof opnemen om vrij te zijn op een voor zijn godsdienst geldende feestdag.

Kan uit de besproken uitspraken worden afgeleid of hierdoor sprake is van verboden onderscheid naar godsdienst?

Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt in ieder geval het volgende: de christelijke feestdagen zijn algemeen erkende feestdagen en islamitische feestdagen niet. Dus: vrij willen zijn op een islamitische feestdag, is niet vergelijkbaar met vrij willen zijn op een christelijke feestdag. Als deze redenatie wordt toegepast op de vergelijking tussen de islamitische en christelijke werknemer, zullen deze werknemers waarschijnlijk geen vergelijkbare gevallen zijn. Er kan dan ook geen sprake zijn van verboden onderscheid.

Is het echt zo evident? Ik denk het niet. Zoals hierboven uitgewerkt, is het, gelet op de kritiek in de literatuur en de maatschappelijke ontwikkelingen, de vraag of de uitspraak van de Hoge Raad uit 1984 nog steeds 'staat'.

En kan iets uit de uitspraak van het HvJ EU worden afgeleid? Het HvJ EU overwoog, zoals gezegd, dat twee verschillende werknemers ten aanzien van het recht op verlof een bepaalde feestdag, die slechts voor een van de werknemers om godsdienstige redenen een feestdag is, gelijke gevallen zijn. Kan hier a contrario uit worden afgeleid dat werknemers van verschillende godsdiensten geen gelijke gevallen zijn als het gaat om het belang om, in plaats van op dezelfde dag, op *verschillende* feestdagen vrij te zijn? Het trekken van die conclusie gaat wat mij betreft te ver. Of de christelijke en islamitische werknemer in de voorbeeldsituatie gelijke gevallen zijn, is zeker voor discussie vatbaar.

Stel dat de christelijke en islamitische werknemer uit het voorbeeld gelijke gevallen zouden zijn, is dan sprake van verboden onderscheid? Anders dan in de zaak die bij het HvJ EU voorlag, is er in het voorbeeld van de christelijke en islamitische werknemer sprake van ogenschijnlijk neutraal beleid: beide werknemers hebben op dezelfde feestdagen betaald feestdagenverlof. Als de islamitische werknemer vakantieverlof mag opnemen tijdens islamitische feestdagen, worden zowel de christelijke als de islamitische werknemer in staat gesteld om verlof te genieten op binnen hun religie belangrijke feestdagen. Er kan worden geredeneerd dat er daardoor geen sprake is van onderscheid. Maar, de christelijke werknemer hoeft geen vakantieverlof op te nemen om vrij te zijn op voor hem belangrijke feestdagen, terwijl de islamitische werknemer dat wel moet doen. Dit is een argument voor het standpunt dat toch wél sprake is van indirect onderscheid.

Indirect onderscheid naar godsdienst is slechts toegestaan indien dit objectief kan worden gerechtvaardigd.^[14] Of dit het geval is, hangt af van het doel van het beleid, maar ook van de vraag of de onderscheidende maatregel passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Indien het binnen een organisatie (objectief gezien) van belang is dat werknemers allemaal op dezelfde dagen werken en niet op wisselende dagen feestdagenverlof genieten, zijn er wellicht nog argumenten voor objectieve rechtvaardiging. Maar, in veel organisaties zal het lastig zijn om de noodzaak hiervoor aan te tonen. Als er bijvoorbeeld geen verplichte bedrijfsvakanties zijn vastgesteld en werknemers veel vrijheid hebben om vakanties naar eigen wens in te plannen, is lastig verdedigbaar dat dergelijke flexibiliteit voor losse feestdagen niet mogelijk is.

4.3 Tussenconclusie

Al met al geeft de rechtspraak nog onvoldoende houvast om te beoordelen of traditioneel feestdagenbeleid verboden onderscheid naar godsdienst maakt. Als werkgevers het risico hierop willen beperken, is het in ieder geval aan te raden om werknemers zoveel mogelijk ruimte te bieden om feestdagenverlof op te nemen op binnen hun religie belangrijke feestdagen. Meer flexibel feestdagenbeleid is vanuit dit perspectief zeker aan te raden. Voor het voorkomen van verboden onderscheid naar ras, nationaliteit en levensovertuiging geldt een vergelijkbare aanbeveling.

5. Verboden onderscheid naar arbeidsduur

Met het toegenomen aandeel parttimers moeten werkgevers ook aandacht hebben voor onderscheid naar arbeidsduur. Dit is verboden indien het onderscheid niet objectief kan worden gerechtvaardigd.^[15]

Het voorkomen van discriminatie op deze grond is niet alleen juridisch gezien relevant; gelet op het grote aandeel vrouwen onder parttimers is het voorkomen van discriminatie naar arbeidsduur ook belangrijk voor de inclusie van vrouwen.

Er is geen relevante rechtspraak van de civiele rechter over feestdagen en onderscheid naar arbeidsduur. Maar het College voor de Rechten van de Mens (CvRM) - niet bindend, wel gezaghebbend - heeft zich wel herhaaldelijk over deze materie uitgelaten.

In oordeel 2004-151 ging het over een systeem waarbij het aantal uren dat de deeltijdwerknemer in een bepaald jaar moest werken gelijk was aan dat van een voltijder, vermenigvuldigd met de deeltijdfactor.^[16] Als een nationale feestdag op een vaste werkdag van een werknemer viel, had de werknemer die dag vrij. Als het niet op een vaste werkdag viel, had de werknemer pech. De feestdag werd niet gecompenseerd.

Het CvRM oordeelde dat sprake was van onderscheid dat niet objectief kon worden gerechtvaardigd. De werkgever had aangevoerd dat het doel was om iedere werknemer een gelijk aantal uren te laten werken naar verhouding van de arbeidsduur. Het CvRM vond dit weliswaar een legitiem doel, maar constateerde dat dit doel met het systeem van de werkgever juist niet werd bereikt. Door geen rekening te houden met feestdagen, werkten voltijders immers relatief - naar verhouding van arbeidsduur - minder dan deeltijders. Het CvRM publiceerde vergelijkbare oordelen in 2011, 2012, 2021 en 2022.^[17]

In sommige van deze oordelen overwoog het CvRM dat er ook een jaarurensysteem bestaat, waarin geen, althans minder onderscheid wordt gemaakt naar arbeidsduur. Het CvRM verwees daarbij naar het systeem dat centraal stond in oordeel 2002-11.^[18] In die zaak kregen deeltijdwerkers een naar hun arbeidsduur evenredig deel van het aantal uren feestdagenverlof dat voltijders in een bepaald jaar zouden genieten. Bijvoorbeeld, als er in een jaar zeven feestdagen op werkdagen vielen, kregen voltijders 7 dagen x 8 uur = 56 uur feestdagenverlof. Een werknemer die voor 0,8 fte werkzaam was, mocht daarom $0,8 \times 56 = 44,8$ uur feestdagenverlof genieten.

Indien relatief veel feestdagen vielen op een dag waarop de deeltijdwerknemer doorgaans werkzaam was, en de werknemer op die dagen in een bepaald jaar niet kon werken omdat zijn afdeling gesloten was, verbruikte hij in dit systeem in een bepaald jaar dus meer feestdagenverlof dan het evenredige budget toestond. De werknemer moest dit dan compenseren door het inhalen van de uren of het opnemen van vakantie. Het CvRM overwoog dat hierdoor sprake was van onderscheid. Deeltijders konden hierdoor immers - anders dan voltijders - verplicht worden om op een andere wijze (buiten de reguliere werktijden of door inleveren van vakantie-uren) werkuren te genereren dan de voltijders die een en ander binnen de reguliere arbeidstijd kunnen realiseren. Het CvRM overwoog echter ook dat dit onderscheid objectief kon worden gerechtvaardigd. Daartoe redeneerde het CvRM dat het onderscheid beperkt was en dat er geen alternatieve oplossing was die net zo veel recht deed aan het uitgangspunt van gelijke behandeling van voltijders en deeltijders.

6. Overige gronden van onderscheid

Hierboven werden enkele gronden van onderscheid besproken. De besproken gronden van onderscheid zijn niet uitputtend. Er kan ook op andere gronden verboden onderscheid worden gemaakt bij feestdagenbeleid, bijvoorbeeld op grond van geslacht. Deze andere gronden gaan het bestek van dit artikel te buiten. Voor de volledigheid merk ik wel op dat ten aanzien van verboden onderscheid naar geslacht een uitspraak van de Hoge Raad wordt verwacht. Aan de Hoge Raad is recentelijk namelijk de prejudiciële vraag voorgelegd of sprake is van verboden onderscheid naar geslacht in geval van samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met (onder andere) feestdagenverlof.^[19]

7. Ontwijken van discriminatievalkuilen bij feestdagenbeleid

Bij feestdagenbeleid liggen diverse discriminatievalkuilen op de loer. Hoe kunnen werkgevers deze valkuilen ontwijken?

Om verboden onderscheid naar arbeidsduur te voorkomen, is het voor werkgevers raadzaam om een feestdagenverlofbudget te hanteren, waarbij deeltijders een budget krijgen dat naar hun arbeidsduur evenredig

is aan het budget van voltijders. Bij andere systemen waarbij meer onderscheid wordt gemaakt, bestaat het risico dat zal worden geoordeeld dat sprake is van verboden onderscheid naar arbeidsduur.

Daarnaast is het, gelet op de gelijke behandelingswetgeving ten aanzien van ras, nationaliteit, godsdienst en levensovertuiging, raadzaam om werknemers hun feestdagenverlofbudget zoveel mogelijk te laten inzetten op feestdagen naar keuze. Kortom: vanuit het oogpunt van gelijke behandeling is flexibel feestdagenbeleid zeker nuttig en misschien zelfs noodzakelijk.

Tot slot is nog het volgende van belang. Als het flexibele feestdagenbudget voor een werknemer in een bepaald jaar niet toereikend is om op voor hem belangrijke feestdagen verlof op te nemen, geldt op basis van de besproken uitspraak van de Hoge Raad in elk geval dat indien een werknemer tijdig verlof vraagt om een dergelijke feestdag te vieren, in de regel daarvoor verlof moet worden verleend. Dit kan anders kan zijn indien de bedrijfsvoering ernstig zou worden geschaad door de afwezigheid van de werknemer.

Voetnoten

[1] Mr. K.N. (Karlijn) van der Heijden is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht.

[2] Eerste Paas- en Pinksterdag zijn geen algemeen erkende feestdagen in de zin van de Algemene termijnenwet. Deze dagen vallen altijd op een zondag.

[3] 'Ontkerkelijking zet door: de kerk vergrijst, maar de moskee niet', NOS 17 mei 2024 en L. Grégoire, 'Feestdag voor wie of wat?', *NJB* 2020/3050.

[4] Jaarlijkse viering van de afschaffing van de slavernij op 1 juli.

[5] Zie respectievelijk art. 5.2 cao APG 2023-2024 en art. 4.6 cao ASR 2023-2024 ('De Andere cao').

[6] Art. 106 cao NS 2022-2023.

[7] Art. 5.6.2 cao ING 2023-2024.

[8] Art. 5.7 cao Achmea 2021-2023.

[9] Art. 3.5 cao Nationale Nederlanden 2021-2023.

[10] HR 30 maart 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4783.

[11] E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 54.

[12] P.S. Fluit & W.A. Zondag, 'Godsdienst in arbeidsverhoudingen', *SMA* 2007, p. 431.

[13] HvJ EU 22 januari 2019, ECLI:EU:C:2019:43.

[14] Art. 1 jo. art. 2 lid 1 jo. art. 5 Awgb.

[15] Richtlijn 1997/81/EG en art. 7:648 BW.

[16] CvRM 18 november 2004, nr. 2004-151.

[17] CvRM 12 augustus 2011, nr. 2011-127, CvRM 26 april 2012, nr. 2012-75, CvRM 30 maart 2021, nr. 2021-30 en CvRM 15 september 2022, nr. 2022-106.

[18] CvRM 13 februari 2002, nr. 2002-11.

[19] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343.