

NOOT

Onder «JAR» 2020/156

prof. mr. J.M. van Slooten
hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA en advocaat
bij Stibbe

150

**Prejudiciële vragen over samenloop
zwangerschapsverlof en vakantie**

Kantonrechter Rechtbank Den Haag zp
's-Gravenhage
4 mei 2020, nr. 8170329 RL EXPL 19-26270,
ECLI:NL:RBDHA:2020:4429
(mr. Luiten)
Noot mr. E.L.J. Bruyninckx

**Periode van zwangerschapsverlof valt deels
samen met collectief vastgestelde vakantie.
Verboden onderscheid? Prejudiciële vragen.
Uitleg cao.**

[BW art. 7:636, 7:646 lid 1 en 3; AWGB art. 5
lid 1 sub e; WAZO art. 3:4]

De werkneemster is fulltime bij de werkgever in dienst als docent. Op haar arbeidsovereenkomst is de cao voortgezet onderwijs (cao-VO) van toepassing. In die cao is bepaald dat de vrouwelijke werkneemster ten minste aanspraak behoudt op het vakantieverlof in de zomervakantie dat samenvalt met het zwangerschaps- en bevallingsverlof, maar dat samenloop van het verlof met andere schoolvakanties en vijf in overleg met het medezeggenschapsorgaan vast te stellen dagen niet wordt gecompenseerd. De werkneemster heeft zwangerschapsverlof genoten in de periode die deels, gedurende negen dagen, samenviel met de meivakantie in 2018. Partijen verschillen van mening over de vraag of de werkneemster recht heeft op compensatie voor deze dagen. De werkneemster stelt dat dit het geval is, omdat zij zonder compensatie als direct gevolg van haar zwangerschap minder vakantieaanspraken heeft dan haar collega's. De werkgever voert aan dat de Cao-VO niet voorziet in een vastgesteld aantal

vakantiedagen, maar alleen bepaalt wanneer de vakantiedagen moeten worden opgenomen. Ter zitting hebben partijen de kantonrechter verzocht om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.

De kantonrechter stelt vast dat definitief uitsluitel over de voorliggende rechtsvraag gewent is, te meer nu er al meerdere procedures over deze kwestie aanhangig zijn bij verschillende gerechten. Op voorhand is de kantonrechter van oordeel dat de uitspraak van de Kantonrechter Midden-Nederland, waarin is geconcludeerd dat de cao-VO in strijd is met het verbod op discriminatie naar geslacht («JAR» 2020/22), juist is, maar niet-temin is er aanleiding om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen, gezien het zaaks-overstijgende belang van snelle en definitieve duidelijkheid op het voorliggende geschilpunt. Het feit dat partijen de betreffende cao-bepaling verschillend uitleggen acht de kantonrechter niet relevant, omdat, ook als de uitleg van de werkgever wordt gevolgd, de werkneemster is benadeeld ten opzichte van collega's die wel vakantie hebben genoten in de meivakantie. Om verdere procedures te voorkomen, neemt de kantonrechter de uitlegkwestie echter mee in de vraagstelling.

NB. In «JAR» 2020/22 overwoog de kantonrechter, onder verwijzing naar het Gómez-arrest (HvJ EU, «JAR» 2004/86), dat het niet compenseren van vakantiedagen die samenvallen met zwangerschapsverlof direct onderscheid op grond van geslacht oplevert. De Hoge Raad oordeelde eerder dat de regelingen in het voortgezet onderwijs (toen nog het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (RpbO)) niet voorzien in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen, maar slechts bepalen dat er recht is op verlof tijdens de schoolvakanties. Dit zou toelaatbaar zijn, zolang maar aan het wettelijk minimum wordt voldaan en vrouwelijke werknemers net zoveel tijd hebben voor niet-lesgebonden taken als mannelijke (HR, «JAR» 2002/207 en HR, «JAR» 2007/93).

De werkneemster te (...),
eisende partij,
gemachtigde: mr. J.L. Aarts,
tegen
de stichting Stichting "het Rijnlands Lyceum" te Wassenaar,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. M.R.A. Dekker.

1. De procedure

(...)

2. De feiten

2.1. Werkneemster is bij werkgever in dienst getreden op 1 november 2015. Zij is thans werkzaam als docent (met werktijdfactor 1,0). Werkneemster verricht haar werkzaamheden aan the International School of the Hague. Op haar arbeidsovereenkomst is de Collectieve arbeidsovereenkomst voor het voortgezet onderwijs (hierna: CAO-VO) van toepassing. De CAO-VO 2016-2017 (van toepassing tot 1 juni 2018) en de CAO-VO 2018-2019 (van toepassing vanaf 1 juni 2018) bevatten een artikel over vakantieverlof. De leden 1 en 7 van die artikelen (artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019) luiden, voor zover relevant, als volgt:

lid 1:

De werknemer die behoort tot de functiecategorie (...) leraar, geniet:

a. gedurende de schoolvakanties en vijf extra, door de werkgever in overleg met de (G)MR [het medezeggenschapsorgaan, kantonrechter] vastgestelde, dagen vakantieverlof met behoud van bezoldiging;

b. buiten de in lid a genoemde periodes geen vakantieverlof.

en lid 7:

De vrouwelijke werknemer behoudt ten minste aanspraak op het vakantieverlof dat samenvalt met de zomervakantie en het tijdvak van het zwangerschaps- en bevallingsverlof. Dit vakantieverlof wordt aansluitend op het zwangerschaps- en bevallingsverlof, dan wel de zomervakantie genoten, tenzij werkgever en werknemer anders overeenkomen. (...)

Samenloop van andere schoolvakanties en de vijf extra dagen vakantieverlof zoals bedoeld in lid 1 onder a met zwangerschaps- en bevallingsverlof wordt niet gecompenseerd.

2.2. De CAO-VO 2016-2017 en CAO-VO 2018-2019 zijn niet algemeen verbindend verklaard.

2.3. Werkneemster heeft in de periode van 1 mei 2018 tot en met 8 oktober 2018 zwangerschaps- en bevallingsverlof (hierna kortheidshalve: het zwangerschapsverlof) genoten. Deze periode van zwangerschapsverlof overlapt deels (gedurende 9 dagen) de meivakantie die duurde van 28 april 2018 tot en met 8 mei 2018.

2.4. Werkneemster heeft werkgever via haar gemachtigde op 9 maart 2018 verzocht haar in de

gelegenheid te stellen haar negen vakantiedagen van de meivakantie die samenvielen met het zwangerschapsverlof alsnog te mogen genieten. Werkgever heeft bij brief van 23 maart 2018 geweigerd deze vakantiedagen te compenseren.

2.5. Naast haar zwangerschapsverlof heeft werkneemster in kalenderjaar 2018 in totaal 45 dagen vakantieverlof genoten wanneer de voornoemde negen vakantiedagen niet worden gecompenseerd.

3. Het geschil

3.1. Werkneemster vordert, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, dat de kantonrechter:

1. werkgever veroordeelt tot toekenning van de vakantie-aanspraken in de periode van 30 april 2018 tot en met 11 mei 2018 die werkneemster door haar zwangerschapsverlof niet heeft kunnen genieten;

2. werkgever veroordeelt tot een dwangsom van € 500,= voor elke dag waarop gedaagde nalatig zal blijken aan een zodanige veroordeling te voldoen, zulks te rekenen vanaf zeven dagen na betekening van het te wijzen vonnis;

3. de werkgever veroordeelt in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen het salaris van gemachtigde (smede de (nog te maken) nakosten waarvoor de gevraagde veroordeling een executoriale titel biedt.

3.2. Aan haar vordering legt werkneemster samengevat het volgende ten grondslag. Werkneemster heeft als direct gevolg van haar zwangerschap minder vakantie-aanspraken genoten. Dit voor werkneemster negatieve onderscheid in haar arbeidsvoorwaarden (artikel 15.1 lid 7 in CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 lid 7 in CAO-VO 2018-2019), is in strijd met het in artikel 7:646 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) neergelegde recht op gelijke behandeling op grond van geslacht en met artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). De opvatting van werkgever mist bovendien de bescherming die de zwangere vrouw toekomt op grond van artikel 3:4 van de Wet arbeid en zorg (WAZO) en de Richtlijn 92/84/EEG inzake zwangerschap. Werkneemster is van mening dat de vakantie-aanspraken die zij door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof niet heeft kunnen genieten, alsnog door werkgever gecompenseerd dienen te worden.

3.3. Werkgever voert gemotiveerd verweer. Volgens werkgever voorziet de CAO-VO niet in een vastgesteld aantal vakantiedagen, maar bepaalt lid

1 van de artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019 slechts wanneer de vakantiedagen moeten worden opgenomen. Hierbij doet werkgever in het bijzonder een beroep op de uitspraak van de Hoge Raad van 9 augustus 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AE2183, NJ 2004, 222, m.nt. GHvV (Dekker/ROC I) en betoogt dat lid 7 van voornoemde artikelen heeft te gelden als een beding als bedoeld in artikel 7:646 lid 3 BW. Werknemers krijgen immers een aanvulling op het wettelijk minimum aantal vastgestelde vakantiedagen, voor zover de zomervakantie samenvalt met zwangerschapsverlof.

3.4. Op de stellingen en weren van partijen wordt hierna – voor zover relevant – ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De kernvraag die partijen verdeeld houdt is of werkgever met een beroep op lid 7 van artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019 het zwangerschapsverlof van werknemer niet hoeft te compenseren voorzover dat zwangerschapsverlof samenvalt met de meivakantie (zijnde een andere vakantie dan de zomervakantie).

4.2. Waar werknemer zich op het standpunt stelt dat het niet volledig compenseren van het zwangerschapsverlof tot ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht leidt, betoogt werkgever dat geen recht bestaat op compensatie zolang de betrokken werknemer de wettelijke minimumvakantieaanspraken van 20 werkdagen per jaar heeft kunnen genieten, hetgeen bij werknemer het geval is geweest.

4.3. De onder 4.1 genoemde kernvraag is reeds aan de orde geweest in een uitspraak van de kantonrechter Midden-Nederland van 31 december 2019 (ECLI:NL:RBMNE:2019:6288). In die uitspraak heeft de kantonrechter geoordeeld dat het niet compenseren van zwangerschapsverlof gedurende andere vakanties dan de zomervakantie leidt tot ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht. Partijen in die procedure werden bijgestaan door dezelfde gemachtigden als in deze procedure. De werkgever in die zaak heeft inmiddels hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak. Beide partijen hebben ter zitting te kennen gegeven in hoger beroep te zullen gaan tegen een voor hen negatief vonnis in deze zaak.

4.4. Ter zitting hebben partijen de kantonrechter verzocht om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Daarbij hebben zij naar voren ge-

bracht dat de situatie waarop de artikelen 15.1 lid 7 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 lid 7 CAO-VO 2018-2019 betrekking hebben (te weten zwangerschapsverlof van werknemers in het voortgezet onderwijs dat samenvalt met andere vakanties dan de zomervakantie) zich veelvuldig voordoet. Bovendien nemen werkgevers en werknemers – zoals in deze zaak – tegengestelde standpunten in. Daar voegt de kantonrechter aan toe dat zich ook situaties zullen voordoen waarbij werknemers zich onvoldoende bewust zijn van (het bestaan dan wel het belang van) deze rechtsvraag hetgeen (negatieve) gevolgen zou kunnen hebben voor hun rechtspositie. Verder is relevant dat de in het geding zijnde bepaling reeds in eerdere en mogelijk ook in toekomstige cao's voor het voortgezet onderwijs voorkomt en (een vergelijkbare bepaling) mogelijk ook in andere cao's is of wordt opgenomen. Tot slot acht de kantonrechter relevant dat met de rechtvraag een fundamenteel grondrecht in het geding is. Die situatie vraagt om snel en definitief uitsluitel over de voorliggende rechtsvraag. Dit geldt temeer nu over deze rechtsvraag al meerdere procedures aanhangig zijn bij verschillende gerechten, waaronder ook, volgens partijen, bij Rechtbank Oost-Brabant.

4.5. Hoewel de kantonrechter op voorhand van oordeel is dat de uitspraak van de kantonrechter Midden-Nederland juist is, ziet hij – gezien het hiervoor geschetste zaaksoverstijgende belang van snelle en definitieve duidelijkheid op het voorliggende geschilpunt – aanleiding om prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad, alvorens een eindvonnis te wijzen.

4.6. In dit verband is nog relevant dat partijen van mening verschillen over de uitleg van lid 1 van de artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019. Volgens werknemer wordt in genoemd artikellid de werknemer een recht op (een aantal dagen) vakantieverlof toegekend in de omvang als daar verwoord, terwijl werkgever zich op het standpunt stelt dat daarin slechts is geregeld wanneer de werknemer het wettelijke minimum aan vakantiedagen moet opnemen, omdat de CAO-VO 2016-2017 en CAO-VO 2018-2019 geen vakantiedagen boven dat wettelijk minimum toekennen. Dit betreft een feitelijke uitlegkwestie waarover de Hoge Raad zich niet kan uitlaten. De kantonrechter is van oordeel dat voor de beantwoording van de aan de Hoge Raad voor te leggen rechtsvraag het verschil in uitleg dat partijen aan artikellid 1 geven niet relevant is. Naar het oordeel

van de kantonrechter geldt ook in de situatie waarin de uitleg van werkgever wordt gevolgd dat werknemster ten opzichte van haar niet zwangere collega's ontoelaatbaar benadeeld is, nu die collega's wel die negen vakantieverlofdagen van de meivakantie hebben genoten en werknemster niet.

4.7. Omdat de uitlegkwesitie voor partijen (niet alleen in deze procedure) aanleiding zou kunnen zijn om van het door de kantonrechter te wijzen vonnis in beroep te gaan, en de kantonrechter van oordeel is dat het verschil in uitleg niet tot een ander antwoord op de rechtsvraag zal leiden, vraagt hij de Hoge Raad om de rechtsvraag te beantwoorden, zowel uitgaande van de uitleg die werknemster voorstaat, als uitgaande van de uitleg van werkgever.

4.8. De kantonrechter zal, na afstemming met partijen, de navolgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorleggen.

1. Zijn de artikelen 15.1 lid 7 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 lid 7 CAO-VO 2018-2019 (waarin is bepaald dat zwangerschaps- en bevallingverlof niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met andere schoolvakanties dan de zomervakantie en de vijf extra dagen, zoals bedoeld in lid 1 onder a van artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019) in strijd met artikel 7:646 lid 1 BW (waarin is bepaald dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen bij – onder andere – de arbeidsvoorwaarden) en/of artikel 5 lid 1 sub e Awgb (dat het maken van onderscheid op grond van – onder meer – geslacht bij arbeidsvoorwaarden verbiedt), en daarmee nietig?

Of valt lid 7 van de artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019 onder de uitzondering van artikel 7:646 lid 3 BW en dient dat artikellid te worden aangemerkt als beding dat betrekking heeft op de bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap of moederschap?

2. Maakt het voor de beantwoording van vorennoemde vraag nog verschil of lid 1 van de artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019 zo worden uitgelegd dat:

1. de werknemer een recht op (een aantal dagen) vakantieverlof wordt toegekend in de omvang als daar verwoord, of

2. dit artikellid slechts regelt wanneer de werknemer het wettelijke minimum aan vakantiedagen moet opnemen, omdat de CAO-VO 2016-2017 en

CAO-VO 2018-2019 geen vakantiedagen boven dat wettelijk minimum toekennen?

Komt in dit verband aan nog betekenis toe aan het arrest van uw Raad van 9 augustus 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AE2180; Dekker/ROC I) waarin uw Raad heeft geoordeeld dat artikel I-C2 lid 1 van het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO; inmiddels lid 1 van artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019) niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen?

3. Zijn de artikelen 15.1 lid 7 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 lid 7 CAO-VO 2018-2019 tevens in strijd met artikel 3:4 Wet arbeid en zorg (WAZO) en/of artikel 7:636 BW?

4.9. Aan het vereiste van artikel 392 lid 1 onder b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is voldaan. Geschillen als de onderhavige komen met grote regelmaat voor en zullen zich in de nabije toekomst ongetwijfeld blijven voordoen. Het stellen van de prejudiciële vragen is ook noodzakelijk voor de beslissing van deze zaak.

4.10. De door partijen aangehaalde en nog niet eerder genoemde wetgeving die in dit verband relevant kan zijn:

- artikelen 7:634, 7:635 en 7:649 lid 1 BW;
- artikelen 3:1 en 3:5 WAZO;
- artikelen 1 en 5 Awgb;
- (artikelen 1, 2 en 14 van) richtlijn 76/2007/EG (thans 2006/54/EG) inzake gelijke behandeling;
- richtlijn 92/85/EEG inzake zwangerschap;
- artikel 2 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM);
- artikelen 3 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR);
- artikelen 3 en 7 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR);
- artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie;
- artikel 14 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM);
- artikel 9 van het Verdrag inzake de herziening van het Verdrag betreffende de bescherming van het moederschap (ILO-Verdrag, nr. 183);
- artikel 20 van het Europees Sociaal Handvest (ESH);
- artikel 11 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (CEDAW; VN-Vrouwenverdrag).

4.11.

De door partijen aangehaalde en nog niet eerder genoemde jurisprudentie die in dit verband relevant kan zijn:

- HvJEU 14 juli 1994 (ECLI:EU:C:1994:300, C-32/93 (Webb));
- HvJEU 30 juni 1998 (ECLI:EU:C:1998:331, C-394/96 (Brown));
- HvJEU 27 oktober 1998 (ECLI:EU:C:1998:506, C-411/96 (Boyle));
- CRvB 17 mei 2001 (ECLI:NL:CRVB:2001:AB2690);
- HR 9 augustus 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AE2182 (Christelijk Basisonderwijs Wûnseradiel/X));
- HR 9 augustus 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AE2184 (Katholiek Basisonderwijs Woerden/Kuijer));
- HvJEU 18 maart 2004 (ECLI:EU:C:2004:160, C342/01 (Gómez));
- HR 23 april 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO2780 (Van der Kloet/Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs Apeldoorn));
- HR 16 maart 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AZ3084 (Dekker/ROC II)) en conclusie AG Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2007:AZ3084);
- HvJEU 10 september 2009 (ECLI:EU:C:2009:542, C277/08 (Pereda));
- HvJEU 30 juni 2016 (ECLI:NL:XX:2015:162, C178/15 (Sobczyszyn));
- HvJEU 6 november 2018 (ECLI:EU:C:2018:874, C684/16 (Max Planck/Shimizu));

4.12.

Door partijen aangehaalde en nog niet genoemde Parlementaire Geschiedenis die in dit verband relevant kan zijn:

- Kamerstukken I 2000/01, 27 079, nr. 17a, p. 3, 5 en 6;
- Kamerstukken I 2001/02, 27 207 en 27 208, nr. 8, p. 12.

4.13. De kantonrechter verzoekt de Hoge Raad voormelde vragen te beantwoorden en houdt in afwachting daarvan iedere verdere beslissing aan.

5. De beslissing

De kantonrechter

5.1. verzoekt de Hoge Raad om bij wijze van prejudiciële beslissing de vragen als opgenomen onder rechtsoverweging 4.8 te beantwoorden;

5.2. bepaalt dat de griffier onverwijld een afschrift van dit tussenvonnissen aan de Hoge Raad zal zenden;

5.3. bepaalt dat de griffier afschriften van de andere op de procedure betrekking hebbende stukken

op diens verzoek zendt aan de griffier van de Hoge Raad;

5.4. houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Partijen verschillen van mening over de vraag of de werkgever met een beroep op art. 15 lid 7 van de cao-VO de vakantiedagen die samenvallen met het zwangerschapsverlof tijdens een deel van de meivakantie niet hoeft te compenseren. De werknemers stelt dat wel moet worden gecompenseerd, omdat zij zonder compensatie als direct gevolg van haar zwangerschap minder vakantie-aanspraken heeft dan haar mannelijke collega's. De werkgever meent van niet omdat de cao alleen zou bepalen wanneer vakantiedagen moeten worden opgenomen en niet de aanspraak op een bepaald aantal vakantiedagen regelt. De vraag is of daarmee sprake is van onderscheid naar geslacht. De kantonrechter stelt over deze kwestie prejudiciële vragen aan de Hoge Raad nu er meerdere procedures aanhangig zijn bij verschillende gerechten waar dezelfde rechtsvraag voorligt en met die rechtsvraag een fundamenteel grondrecht in het geding is.

De Hoge Raad heeft over dezelfde materie in 2002 en 2004 arresten gewezen («JAR» 2002/206, «JAR» 2002/207 en «JAR» 2004/148), op welke arresten de werkgever zich beroept. De Hoge Raad overwoog dat in het onderwijs geen recht zou bestaan op een bepaald aantal vakantiedagen, maar uitsluitend op vakantie tijdens de schoolvakanties. Zolang werknemers het in de wet voorgeschreven wettelijk minimumaantal vakantiedagen kunnen genieten tijdens de schoolvakanties is de regeling in het onderwijs over samenloop van zwangerschapsverlof en schoolvakanties geldig, aldus de Hoge Raad. Er zou geen sprake zijn van direct onderscheid naar geslacht, omdat de bepaling in de regeling in het onderwijs (toen nog niet in de cao-VO maar een rechtspositiebesluit met nagenoeg dezelfde formulering) seksneutraal is geformuleerd. Van indirect onderscheid zou alleen sprake kunnen zijn als vrouwen minder tijd overhouden voor niet-lesgebonden taken dan mannen. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat werknemers in het onderwijs geen recht hebben op vervangende vakantiedagen of een andere vorm van compensatie bij samenloop van zwangerschapsverlof

en collectief vakantieverlof. In het later gewezen Gómez-arrest (HvJ EU, «JAR» 2004/86, m.nt. Vegter) oordeelde het HvJ EU in een vergelijkbare kwestie over samenloop echter dat wel sprake was van onderscheid naar geslacht met verwijzing naar Richtlijn 92/85/EEG. Daarin is opgenomen dat rechten uit de arbeidsovereenkomst ook tijdens zwangerschapsverlof gewaarborgd moeten blijven. Ook verwijst het HvJ EU naar Richtlijn 76/207/EEG, waarin is opgenomen dat zwangerschapsverlof niet tot minder gunstige behandeling van vrouwen dan mannen ten aanzien van arbeidsvoorwaarden mag leiden. De kantonrechter merkt uitdrukkelijk op dat de uitspraak van Kantonrechter Midden-Nederland («JAR» 2020/22) hem op voorhand juist lijkt. In die zaak ging het over dezelfde cao-bepaling, dezelfde rechtsvraag en dezelfde gemachtigden. De uitspraak van de kantonrechter is relevant voor de beantwoording van de prejudiciële vragen en verdient daarom verdere bespreking. De kantonrechter oordeelde dat de bepaling in de cao in strijd is met het verbod op onderscheid naar geslacht, waarbij de kantonrechter verwijst naar het Gómez-arrest. De uitspraak van Kantonrechter Midden-Nederland is in lijn met het Gómez-arrest en daarmee in mijn optiek juist. In de cao-VO is immers sprake van een minder gunstige behandeling van vrouwen en daarmee van onderscheid naar geslacht. De kantonrechter merkt terecht op dat het beroep van de werkgever op de hierboven genoemde arresten van de Hoge Raad haar niet kan baten (op welke arresten de werkgever in de onderhavige zaak zich ook beroept), alleen al vanwege het feit dat de cao-VO sindsdien op een relevant punt is gewijzigd. De kantonrechter doelt daarmee op het toegevoegde lid 7 van art. 15, waarin dus de regeling is opgenomen over samenloop van zwangerschapsverlof met de zomervakantie, een bepaling voor vrouwelijke werknemers. Er is daarmee geen sprake meer van een seksneutrale formulering, zoals nog wel het geval was in 2002 en 2004 toen de Hoge Raad zich over dezelfde materie uitliet. De cao-bepaling levert direct onderscheid naar geslacht op, terwijl van de uitzonderingen in art. 7:646 lid 2, 3 en 4 BW geen sprake is. De werkgever in de zaak die nu leidt tot het stellen van prejudiciële vragen neemt overigens het standpunt in dat wél sprake is van de uitzondering in lid 3. Ik volg die redenering niet, omdat lid 3 juist bepaalt dat van lid 1 mag worden afgeweken als

het gaat om bedingen die op de bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap of moederschap, betrekking hebben. Daarvan is geen sprake, integendeel. Dit betekent dat de werkgever in strijd handelt met het verbod van art. 7:646 lid 1 BW door aan de werknemster met een beroep op de cao-VO het recht op compensatie te ontzeggen, aldus ook de Kantonrechter Midden-Nederland. De kantonrechter voegt nog toe dat het HvJ EU in het Gómez-arrest heeft bepaald dat een werknemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan in de collectief bepaalde vakantie en dat dit ook geldt met betrekking tot een jaarlijkse vakantie die langer is dan het in Richtlijn 93/104/EEG bepaalde minimum van vier weken. Het moet gaan om een materiële en niet om een formele gelijkheid: vrouwen mogen niet minder gunstig worden behandeld ter zake hun arbeidsvoorwaarden. Het recht op jaarlijkse vakantie heeft een ander doel dan het recht op zwangerschapsverlof. Het zwangerschapsverlof heeft niet alleen de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap ten doel maar ook de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind, aldus het HvJ EU in het Gómez-arrest. Het niet compenseren van vakantiedagen die samen vallen met zwangerschapsverlof is daardoor in strijd met Richtlijn 93/104/EEG (inzake de jaarlijkse vakantie met behoud van loon). De kantonrechter oordeelt tot slot (terecht) dat art. 15 lid 7 van de cao-VO in strijd is met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 3:4 WAZO. Dit artikel bepaalt dat dagen waarop de werknemer de arbeid niet verricht wegens zwangerschapsverlof niet als vakantiedagen kunnen worden aangemerkt. Omdat schoolvakanties als vakantie gelden in het onderwijs kunnen de dagen van zwangerschapsverlof dus niet worden aangemerkt als vakantie, ook niet buiten de zomervakantie. De Hoge Raad zal naar verwachting in de prejudiciële beslissing terugkomen op zijn eerdere arresten, nu het nadien opgenomen art. 15 lid 7 cao-VO een niet seksneutrale formulering kent en deze bepaling (mijns inziens: evident) in strijd is met art. 7:646 lid 1 BW (terwijl de uitzonderingen van art. 7:646 lid 2 t/m 4 BW niet aan de orde zijn) en art. 3:4 WAZO. Ook is sprake van strijd met de in het Gómez-arrest genoemde richtlijnen indien een vrouwelijke docent tijdens schoolvakanties (buiten de zomervakantie) zwanger-

schapsverlof geniet en niet in staat wordt gesteld die vakantiedagen die samenvallen met het zwangerschapsverlof niet alsnog op te nemen of op andere wijze wordt gecompenseerd.

mr. E.L.J. Bruyninckx
advocaat en partner bij Legaltree Advocaten in Rotterdam

151

Geen slapend dienstverband vanwege mogelijkheid tot re-integratie

Kantonrechter Rechtbank Gelderland zp Arnhem
20 maart 2020, nr. 8268218\HA VERZ
20-2\512\34124, ECLI:NL:RBGEL:2020:2513
(mr. Hendriks)

Feitelijk inhoudsloze arbeidsovereenkomst. Herplaatsing werknemer in passende functie mogelijk. Transitievergoeding en billijke vergoeding afgewezen.

[BW art. 7:611, 7:658a, 7:669 lid 1 en 3, 7:671c lid 2 sub b, 7:673 lid 1 sub b onder 2]

De werknemer treedt op 1 oktober 2001 als chauffeur in dienst bij EMR. Op 8 november 2014 raakt de werknemer arbeidsongeschikt. Uit het arbeidsdeskundig rapport van 11 oktober 2015 blijkt dat de werknemer niet op korte termijn zijn eigen werkzaamheden in volle omvang kan uitvoeren. Omdat er op dat moment geen passende functies beschikbaar zijn, wordt de werknemer boventallig ingezet om drukte op te vangen. Vanaf 7 november 2016 ontvangt de werknemer een gedeeltelijke WGA-uitkering en gaat hij twee avonden per week passend werk verrichten. De werknemer doet een voorstel tot beëindiging van het dienstverband. De werkgever accepteert dit niet, omdat de werknemer ingezet kan worden voor passende werkzaamheden wanneer deze zich voordoen. De werknemer gaat vervolgens twee tot drie dagen per week bij een ander bedrijf werken. Vanaf maart 2017 verricht de werknemer geen werk meer voor de werkgever. In onderhavige zaak stelt de werknemer dat sprake is van een slapend dienstverband en verzoekt hij ontbinding van de

arbeidsovereenkomst, een transitievergoeding, een billijke vergoeding en vernietiging van het concurrentiebeding.

De kantonrechter overweegt dat het dienstverband feitelijk inhoudsloos is geworden, nu de werknemer vanaf maart 2017 geen werkzaamheden meer voor de werkgever heeft verricht. De arbeidsovereenkomst wordt daarom ontbonden met ingang van 1 mei 2020. Er is geen sprake van een slapend dienstverband, omdat de werknemer gedurende twee of drie avonden per week passend werk kan doen voor de werkgever. Dat de werknemer ervoor heeft gekozen zijn restverdiencapaciteit bij een andere werkgever in te zetten en dat dit in combinatie met de twee avonden werk voor de werkgever een (te) grote weerslag had op het persoonlijke (sociale) leven van de werknemer, komt niet voor rekening van de werkgever. De werkgever handelde niet ernstig verwijtbaar. Er is sprake van goed werkgeverschap, omdat de werkgever steeds heeft voldaan aan de op hem rustende re-integratie-inspanningen. De werknemer heeft daarom geen recht op de transitievergoeding of de billijke vergoeding. Het verzoek tot vernietiging van het concurrentiebeding wordt wel toegewezen.

NB. In Xella («JAR» 2019/312, m.nt. Otto) overwoog de Hoge Raad dat een werkgever een slapend dienstverband niet hoeft te beëindigen als hij een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding ervan, bijvoorbeeld omdat er nog reële re-integratiemogelijkheden zijn voor de werknemer. De vraag is dan wel hoe reëel deze mogelijkheden zijn als er voor een werknemer die eerst voltijd werkte, slechts passend werk is voor twee of drie avonden per week, omdat de bestaande passende functies voor het overige worden ingevuld door andere werknemers.

De werknemer te (...),
verzoekende partij,
gemachtigde: mr. R.K.A. Kop en mr. A. Achouitar,
en
de besloten vennootschap *European Metal Recycling BV* te Rotterdam,
verwerende partij,
gemachtigde mr. P. Smit.

1. De procedure
(...)