

ANNOTATIE

# **Onderscheid op grond van zwangerschap is directe discriminatie en daarom strikt verboden. Toch bepaalde het Hof van Justitie dat een zwangere werknemster die vanwege haar zwangerschap aangepaste arbeid moet verrichten, geen recht heeft op haar normale (gemiddelde) loon. Hoe zit dat? En heeft dit gevolgen voor het Nederlandse recht?**

*prof. mr. dr. W.L. Roozendaal*

Onderscheid op grond van zwangerschap wordt in de Nederlandse wet met zoveel woorden aangemerkt als directe discriminatie (art. 7:646 lid 5 BW, art. 1 WGB, en art. 1 lid 2 AWGB). Uitgangspunt in deze wetgeving is dat directe discriminatie niet gerechtvaardigd kan worden en dus altijd verboden is. In de arresten Parviainen en Gassmayr ging het om de vraag of het in strijd met het recht op gelijke behandeling is een zwangere werknemster die vanwege haar zwangerschap aangepaste arbeid verricht, een lager loon te betalen dan daarvoor. Op het eerste gezicht komt dit neer op financiële benadeling wegens zwangerschap en zou het dus zonder meer verboden moeten zijn. Of toch niet? Om de behandeling van deze kwestie door het Hof te kunnen plaatsen, geef ik hieronder eerst een overzicht van de belangrijkste uitspraken van het Hof inzake zwangerschap.

Ook het Hof van Justitie merkt discriminatie op grond van zwangerschap aan als verboden directe discriminatie, bijvoorbeeld in HvJ-EG, 8 november 1990, C-177/88 (Dekker) en HvJ 30

april 1998, C-136/95 (Thibault). De behandeling waar zwangere en pas bevallen vrouwen volgens het Hof van Justitie recht op hebben is met dat verbod echter nog niet gegeven. De benadering van het Hof in dit verband is misschien nog het beste te begrijpen als het aanmerken van de positie van de zwangere werkneemster als een positie 'sui generis'. Het Hof zoekt een midden tussen enerzijds het bevorderen van materiële (wezenlijke) gelijkheid (vgl. Thibault), en anderzijds het beperken van de uitzonderingsbehandeling van zwangere of pas bevallen werkneemsters tot hetgeen nodig is voor de bescherming van hun lichamelijke en geestelijke gesteldheid tijdens de zwangerschap (vgl. o.a. HvJ EG, 13 februari 1996, C-342/93 (Gillespie)).

Beschermd is de zwangere werkneemster in ieder geval bij aanstelling, zoals werd uitgemaakt in het Dekker-arrest. Het is in strijd met het recht op gelijke behandeling om een werkneemster te weigeren enkel wegens zwangerschap of de financiële nadelen als gevolg van de zwangerschap. Dit geldt ook voor bijzondere situaties zoals een tijdelijke aanstelling of voorzienbare afwezigheid op het moment dat aanwezigheid het meest noodzakelijk is (o.a. HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (Webb); HvJ EG 3 februari 2000, C-207/98 (Mahlburg)).

In het geval van bepaalde arbeidsvoorwaarden wordt die strikte lijn doorgezet. Zo mag volgens het Hof het opnemen van zwangerschapsverlof niet leiden tot een ongunstigere behandeling wat 'de voorwaarden betreft die noodzakelijk zijn voor haar toegang tot een hoger niveau van de beroepshiërarchie' (Thibault). Ook moest in een geval waarin de duur van de arbeidsovereenkomst bepalend was voor een promotie, de duur van het zwangerschapsverlof meegeteld worden (o.a. HvJ EG 18 november 2004, C-284/02 (Brandenburg/Sass)). Verder moeten werkneemsters een vóór of tijdens de periode van zwangerschapsverlof ingetreden loonsverhoging (in casu door inwerkingtreding van een nieuwe cao) ontvangen (Gillespie). Ook in geval de werkgever een kerstgratificatie geeft die is afgestemd op de gewerkte uren in het afgelopen jaar, moeten wegens zwangerschap niet-gewerkte tijdvakken als gewerkte tijdvakken worden aangemerkt (HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97 (Lewen; m.i. in strijd hiermee: Hof Amsterdam, 27 april 2010, JAR 2010/142).

Deze uitspraken suggereren dat zwangerschap geen gevolgen mag hebben, niet voor aanstelling, en ook niet voor het recht op bevordering of beloning, in vergelijking met de situatie dat de werkneemster wel gewoon beschikbaar was geweest voor werk. Zo ver gaat de reikwijdte van de bescherming echter niet altijd, met name niet als het gaat om ontslagbescherming en inkomen.

Wat ontslag betreft was in het gelijktijdig met het arrest Dekker gewezen arrest Hertz (HvJ EG 8 november 1990, C-179/88) al gebleken, dat de zwangere werkneemster weliswaar beschermd was tegen ontslag gedurende haar verlof, maar dat de ontslagpositie van een

werkneemster die ná het gewone verlof afwezig was wegens een aan haar zwangerschap of bevalling gerelateerde ziekte, slechts gelijk moest zijn aan de ontslagpositie van een wegens ziekte afwezige werknemer. Uit het Brown-arrest (HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96) volgde wél dat de ontslagbescherming gold voor de gehele periode van zwangerschap, dus ook vóór het verlof. Deze bijzondere ontslagbescherming wordt door het Hof gerechtvaardigd door de behoefte aan bescherming van zwangere vrouwen. Het Hof verwijst naar het feit dat een eventueel ontslag een nadelige uitwerking heeft op de lichamelijke en geestelijke gesteldheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap of na de bevalling, daaronder begrepen 'het bijzonder ernstige risico dat een zwangere werkneemster ertoe wordt gebracht vrijwillig haar zwangerschap af te breken'. Die bijzondere bescherming heeft zij klaarblijkelijk in de ogen van het Hof niet meer nodig als het bevallingsverlof is verstreken.

De gevolgen van een gedwongen aanstelling of een verbod op ontslag van een zwangere en dus tijdelijk afwezige werkneemster blijven voor de werkgever beperkt, als er geen inkomensgevolgen aan de voortdurende van de aanstelling verbonden zijn. De moeilijkste zaken waar het Hof zich voor gesteld ziet, hebben derhalve betrekking op het inkomen in verband met zwangerschap en bevalling. Rechterlijke inmenging met inkomens- en uitkeringsrechten ligt politiek zeer gevoelig. In de richtlijnen hebben de Lidstaten daarom trent niet voor niets een relatief grote beleidsvrijheid. De zogeheten Zwangerschapsrichtlijn 92/85 geeft recht op het behoud van 'een bezoldiging' en/of het genot van een 'adequate uitkering' van de werkneemster tijdens het verlof (artikel 11 lid 2 sub b). Inzake de uitkering is bepaald dat deze minstens zo hoog dient te zijn als het bedrag van de socialezekerheidsuitkering bij ziekte. Over de hoogte van de bezoldiging laat de Richtlijn zich niet uit.

Vermoedelijk vanwege die politieke beladenheid acht het Hof zich daarom niet in de positie te bepalen dat het recht op gelijke behandeling een zwangere werkneemster het recht geeft op het inkomen dat zij verdient zou hebben als ze niet zwanger was geweest en gewoon beschikbaar voor arbeid. Het Hof heeft daarentegen (zoals eerder aangehaald) opgemerkt dat vrouwen die een zwangerschapsverlof genieten, 'zich in een specifieke situatie bevinden die bijzondere bescherming verlangt, maar die niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man die zijn arbeid daadwerkelijk verricht' (Gillespie).

Maar welk referentiepunt kan dan gekozen worden voor het bepalen van een recht op inkomen? Het Hof kiest daarvoor een gedifferentieerde benadering. Met name de periode van (wettelijk) zwangerschaps- en bevallingsverlof krijgt een behandeling 'sui generis'. De situatie van verlof wegens zwangerschap en bevalling kan volgens het Hof zoals vermeld niet vergeleken worden met de situatie van een man die zijn arbeid daadwerkelijk verricht, maar ook niet met ziekte (o.a. HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96 (Boyle)). Het loon dat wordt betaald tijdens het verlof hoeft dan ook niet gelijk te zijn aan het loon van zieke werknemers.

Het Hof beperkt zich tot de opmerking dat het bedrag van het inkomen tijdens het verlof niet zo gering mag zijn, dat het doel van het zwangerschapsverlof, te weten de bescherming van de vrouwelijke werknemers vóór en na de bevalling, daardoor op de helling komt te staan. Dat geeft de Lidstaten derhalve een relatief ruime beleidsvrijheid om de hoogte en de voorwaarden van loon en uitkering tijdens het verlof te bepalen.

Die beleidsvrijheid neemt enigszins af in de periodes van afwezigheid wegens zwangerschap of bevalling buiten het officiële verlof. Voor zover ziektes die hun oorsprong vinden in de zwangerschap of de bevalling, optreden voor het zwangerschapsverlof of na het bevallingsverlof, maakt het Hof namelijk wel een vergelijking met zieke werknemers. Volgens het Hof is voldaan aan het recht op gelijke behandeling als de inkomensvoorziening in die periodes gelijk is aan die onder de gewone ziekteregeling (Brown en HvJ EG 8 september 2005, C-191/03, McKenna). Een met de zwangerschap of de bevalling verband houdende ziekte die is opgetreden voor of na het einde van het zwangerschapsverlof, kan bijgevolg leiden tot een vermindering van de beloning onder dezelfde voorwaarden als een andere ziekte. Wat ziektes tijdens de zwangerschap betreft geldt voorts, ook buiten het verlof, de voorwaarde dat het bedrag van de uitkeringen niet zo gering mag zijn dat het doel van bescherming van zwangere werkneemsters daardoor op de helling komt te staan (McKenna).

De onderhavige uitspraken gaan over een situatie die nog niet aan de orde was geweest, namelijk de situatie dat de werkneemster wegens redenen gelegen in haar zwangerschap haar eigen arbeid niet kan, of zelfs niet mag verrichten, maar wel andere arbeid verricht. In Parviainen ging het daarbij om een stewardess bij Finnair die niet meer mocht vliegen, maar wel grondwerkzaamheden (kantoorwerk) verrichtte. Het beloningssysteem bij Finnair is voor een groot deel gebaseerd op toeslagen, bijvoorbeeld in verband met nachtwerk, voor zondagswerk en werk op verlofdagen, voor overuren indien de arbeidsdag meer dan acht uren bedroeg, voor langeafstandsvluchten of voor vluchten met een tijdsverschil. Daarnaast worden toeslagen berekend voor bijvoorbeeld leidinggevende bevoegdheden en voor anciënniteit. In Grassmayr ging het om een ziekenhuisarts die toelagen placht te ontvangen op grond van het draaien van zogeheten beschikbaarheidsdiensten, die bovenop de reguliere arbeidstijden kwamen. Zij kreeg vanwege haar zwangerschap een arbeidsverbod opgelegd voor de beschikbaarheidsdiensten.

Omdat het Hof in Grassmayr naar de redenering in Parviainen verwijst, behandel ik hierna eerst Parviainen. De vraag was daarin op welk deel van het salaris de werkneemster recht had, nu zij de diensten op grond waarvan zij toeslagen placht te ontvangen wegens haar zwangerschap niet mocht draaien. Voor de beantwoording van deze vraag leunt het Hof voornamelijk op de uitleg van de Zwangerschapsrichtlijn 92/85. Deze richtlijn is geen uitwerking van het recht op gelijke behandeling, maar van het recht op bescherming van de

veiligheid en gezondheid. Waarom dit gegeven relevant is, zal later nog blijken.

Het Hof overweegt dat in de eerste plaats geen afbreuk mag worden gedaan aan de door Richtlijn 92/85 nagestreefde doelstelling van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van zwangere werkneemsters. In de tweede plaats mag niet buiten beschouwing blijven dat een dergelijke werkneemster daadwerkelijk blijft werken en de door haar werkgever opgedragen arbeidsprestaties verricht. Dat laatste brengt volgens het Hof mee, dat het niet gerechtvaardigd zou zijn als haar inkomen zou dalen tot het niveau van de uitkering tijdens zwangerschapsverlof. Anderzijds zijn er ook geen aanknopingspunten in de Richtlijn om te bepalen dat de werkneemster recht houdt op de gemiddelde bezoldiging die zij voor de overplaatsing ontving. De tekst van de Richtlijn brengt mee dat de Lidstaten een ruime beoordelingsmarge toekomt bij het bepalen van die rechten op inkomen. Ook het recht op gelijk loon brengt volgens het Hof niet mee, dat de werkneemster recht heeft op hetzelfde loon als zij placht te ontvangen voor haar gewone arbeid. De redenering van het Hof is op dit punt niet uitgewerkt, maar er valt uit af te leiden, dat het feit dat de werkneemster wegens haar zwangerschap andere arbeid verricht, een objectieve rechtvaardiging is om haar een ander loon te betalen dan haar gewone loon (punt 52).

Maar wat dan wel? Je hoort het de rechter bijna denken. Het Hof komt uit op een creatieve oplossing. Volgens het Hof moet de werkneemster in ieder geval even veel worden betaald als aan de andere werknemers voor hetzelfde werk betaald wordt. Dat alleen vindt het Hof echter kennelijk te mager. Daarnaast moet namelijk in ieder geval het 'basissalaris op grond van haar arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding' worden doorbetaald. Ten slotte blijven verschuldigd loonelementen die te maken hebben met bijvoorbeeld een leidinggevende functie, anciënniteit en beroepskwalificaties. Loonbestanddelen die beogen een compensatie te bieden voor (niet geleden) ongemakken hoeven echter niet te worden doorbetaald (punt 60 en 61). Dezelfde regels gelden, zo blijkt voorts uit het arrest Gassmayr, voor de bezoldiging van een zwangere werkneemster die een arbeidsverbod opgelegd heeft gekregen (punt 72).

Voor de bepaling van het loon voor aangepaste arbeid tijdens de zwangerschap maakt het Hof geen vergelijking met zieke werknemers. In het Nederlandse recht wordt het recht op inkomen voor aangepast werk tijdens zwangerschap wel gebaseerd op de inkomensbescherming van zieke werknemers. Volgens art. 7:629 lid 1 BW heeft de werkneemster die arbeidsongeschikt is voor het verrichten van de bedongen arbeid wegens zwangerschap, recht op 70% van het gemaximeerde dagloon, waarop volgens lid 5 de ZW-uitkering in mindering mag worden gebracht. Krachtens de 'vangnetbepaling' van art. 29a lid 1 ZW heeft de zieke, zwangere werkneemster die nog niet met verlof is, recht op een uitkering ter hoogte van 100% van het (gemaximeerde) dagloon. Deze rechten heeft de werkneemster ook als zij aangepaste arbeid verricht.

In voorkomende gevallen kunnen de onderhavige uitspraken leiden tot een recht op een hoger inkomen dan het loon of de uitkering bij ziekte naar nationaal recht. Volgens het Hof moet immers in ieder geval het 'basissalaris' worden doorbetaald. Nu vermoed ik dat bij veel aanstellingen, anders dan in Parviainen, niet of nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen de door het Hof benoemde verschillende bestanddelen van het loon zoals het basissalaris, toeslagen voor een leidinggevende functie, anciënniteit en beroepskwalificaties enerzijds, en toeslagen ter compensatie van allerlei ongemakken zoals weekenddiensten, nachtarbeid en overwerk anderzijds. Meestal wordt immers een maandloon afgesproken en hooguit geldt een bijzondere toelage voor overwerk. Dat betekent dat wat het Hof 'het basissalaris' noemt, voor de meeste mensen gewoon hun maandloon is. Als het basissalaris hoger is dan het maximumdagloon, is de enkele uitbetaling van een inkomen ter hoogte van de ZW-uitkering bij het verrichten van passende arbeid wegens zwangerschap blijkens deze uitspraak in strijd met de Zwangerschapsrichtlijn.

Het verschuldigde 'basissalaris' kan hoger zijn dan de ZW-uitkering, als het boven het gemaximeerde dagloon uitkomt (in 2010 euro 186,65 per dag, hetgeen neerkomt op een bruto jaarloon van bijna 50.000 euro). Het is moeilijk in te schatten voor hoeveel werknemers dit relevant zal zijn. Er zijn niet veel werknemers die meer dan het maximum dagloon verdienen, en ik weet niet in hoeverre werkgevers in deze situaties überhaupt gewoon zijn het salaris naar beneden aan te passen en/of een ZW-uitkering aan te vragen. Desalniettemin is de vraag interessant of werknemers in deze situatie thans rechtstreeks een recht op een hoger loon dan het maximale dagloon kunnen vorderen bij hun werkgever.

Het antwoord op deze vraag naar de horizontale werking van richtlijnen is vrij complex, en dit commentaar is daarom niet de plaats om daar uitvoerig op in te gaan. Enige relevante punten wil ik toch noemen. Bepalingen in richtlijnen kunnen rechtstreeks werken en dat is hier het geval volgens het Hof (Gassmayr, dictum punt 1). Dit betekent echter in beginsel slechts dat de overheid zich aan de richtlijn moet houden, en niet dat in een geschil tussen een werkgever en een werknemer van de rechter gevraagd kan worden om, in casu, de maximering van het recht op loon op grond van art. 7:629 BW terzijde te leggen. Onlangs is door het Hof aangenomen dat een dergelijke 'contra legem' toepassing in horizontale betrekkingen toch van de rechter gevegd kan worden als de regel in de richtlijn kan worden aangemerkt als een uitwerking van een 'algemeen beginsel van gemeenschapsrecht', zoals het beginsel van gelijke behandeling (HvJ-EG 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci/Swedex); zie hierover o.a. P.C. Vas Nunes in TAP, juni 2010, p.147-151).

Een probleem hiermee is echter dat het Hof zoals gezegd de onderhavige uitspraken op de Zwangerschapsrichtlijn lijkt te baseren. Het recht op veiligheid en gezondheid, waar de Zwangerschapsrichtlijn een uitwerking van is, is door het Hof (nog) niet aangemerkt als een

‘algemeen beginsel van gemeenschapsrecht’. Betoogd kan worden dat de uitleg van de Zwangerschapsrichtlijn gelijkgesteld mag worden aan de uitleg van het recht op gelijke behandeling bij zwangerschap, zodat deze uitspraken wel rechtstreeks kunnen werken jegens de werkgever. Uit deze uitspraken van het Hof blijkt echter niet dat het Hof dit zelf zo ziet. Een alternatief voor deze route zou zijn om een ‘richtlijnconforme’ uitleg van art. 7:611 BW of art. 7:646 BW te bepleiten als grondslag voor een vordering van doorbetaling van het volledige loon.

De minimale rechten die het Hof schetst zouden overigens ook lager kunnen uitvallen dan de ZW-uitkering, zoals het geval zou zijn bij de stewardess Parviainen. Uit het arrest blijkt namelijk dat haar inkomen voor 40% gebaseerd was juist op de toeslagen die ongemakken beogen te compenseren. Die hoeven volgens deze uitspraak niet doorbetaald te worden aan de zwangere werkneemster die deze ongemakken niet ondervindt. Uiteraard staat het de Lidstaten vrij gunstigere rechten te verlenen. Naar nationaal recht worden overwerkvergoedingen en andere toeslagen wel gerekend onder het door te betalen loon op grond van art. 7:629 BW (vgl. I.P. Asscher-Vonk e.a., *De Zieke Werknemer*, Deventer: Kluwer 2007, p. 115). Hier brengen deze uitspraken geen verandering in.

Hoewel het Hof met het Dekker-arrest in eerste instantie wellicht de indruk had gewekt dat de werkneemster nimmer benadeeld mag worden wegens zwangerschap of de daarmee verbonden afwezigheid, is het beeld daarvan al met al in werkelijkheid veel genuanceerder. De afwezigheid wegens zwangerschap mag wel degelijk nadelige gevolgen hebben in vergelijking met de situatie dat de werkneemster wel gewoon beschikbaar is om te werken. De ontslagbescherming mag na de periode van zwangerschap en bevallingsverlof gelijk worden gesteld aan de ontslagbescherming van zieke werknemers. Het inkomen tijdens zwangerschapsverlof mag lager zijn, mits behoorlijk en, voor zover de werkneemster niet werkt wegens zwangerschap buiten het verlof, niet minder dan die van zieke werknemers. Als de zwangere werkneemster aangepast werk verricht, zo is nu duidelijk, dan moet zij ten minste recht houden op haar basissalaris, maar hoeven ‘hardship’-toeslagen niet doorbetaald te worden. De bijzondere positie van de zwangere vrouw rechtvaardigt bijzondere bescherming, maar dat moeten we blijkens de jurisprudentie van het Hof vooral zien als bescherming tegen geestelijke en lichamelijke schade. Een zekere financiële schade moet zij immers aanvaarden.