

ANNOTATIE

Behoud van arbeidsvoorwaarden na ouderschapsverlof

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

1. De feiten

Mevrouw Nadežda Riežniece is sinds 2005 als ambtenaar in dienst van het Letse ‘Lauku atbalsta dienests’ (hierna: de Dienst) als een van de vier hoofdadviseurs juridische zaken bij de afdeling Administratie. Sinds 2006 zijn medewerkers van de Dienst onderworpen aan een beoordelingssysteem ten behoeve van prestatiebeoordeling en loopbaanontwikkeling. Van 14 november 2007 tot en met 6 mei 2009 neemt Riežniece ouderschapsverlof op.

In de loop van 2009 moet als gevolg van een reorganisatie een arbeidsplaats binnen de functie van juridisch hoofdadviseur worden geschrapt. Om te bepalen welke persoon door het schrappen van die arbeidsplaats zou worden getroffen, is van de vier juridisch hoofdadviseurs, waaronder Riežniece, een beoordeling van hun werk en hun bekwaamheden opgesteld aan de hand van het beoordelingssysteem. Dit systeem was in 2009 aangepast ten opzichte van het systeem ingevoerd in 2006. Voor Riežniece en een andere werkneemster die ouderschapsverlof had opgenomen, is de beoordeling uitgevoerd op basis van de resultaten in het tijdvak voor het verlof. De andere werkneemster eindigde met het hoogste puntenaantal, Riežniece met het laagste. Daarop werd zij uit haar functie gezet en werd haar een overplaatsing naar de afdeling Informatiesystemen aangeboden, welk aanbod zij heeft aanvaard. Kort nadat zij terugkwam van ouderschapsverlof, werd ook deze functie wegens economische moeilijkheden geschrapt, waarna Riežniece werd ontslagen bij brief van 26 mei 2009.

In de nationale instanties vordert Riežniece de onrechtmatigheid van het ontslag, met – in cassatie – het argument dat het recht van de Unie meebrengt dat werkneemsters die ouderschapsverlof opnemen na afloop van dat verlof het recht hebben te worden teruggeplaatst in hun functie of in een gelijkwaardige functie. De Dienst had daarom niet het

recht haar te ontslaan of over te plaatsen. Voorts stelt Riežniece in cassatie dat de lagere rechters het beginsel van non-discriminatie onjuist hebben uitgelegd door te overwegen dat werknemers in actieve dienst en werkneemsters met ouderschapsverlof volgens verschillende beginselen mochten worden beoordeeld. Op deze twee stellingen zijn de prejudiciële vragen gericht.

2. Het oordeel van het Hof

Het Hof wijst er ten eerste op dat in de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (zie Richtlijn 96/34/EG, thans Richtlijn 2010/18/EU) in clause 2, punt 4 is bepaald dat de ouderschapsverlofganger moet worden beschermd tegen ontslag wegens het aanvragen van ouderschapsverlof. Hieruit volgt dat ontslag op andere gronden, zoals bedrijfseconomische gronden, niet verboden is. Evenmin verzet het Unierecht zich tegen overplaatsing naar een gelijkwaardige of vergelijkbare functie van een verlofganger nadat zijn arbeidsplaats is geschrapt.

In de tweede plaats moet worden onderzocht in hoeverre het in strijd kan zijn met het beginsel van non-discriminatie wanneer in het kader van de schrapping van een arbeidsplaats een vrouwelijke werknemer die ouderschapsverlof heeft opgenomen wordt beoordeeld. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is er sprake van indirecte discriminatie wanneer een nationale maatregel een groter aantal vrouwen dan mannen benadeelt. Al eerder heeft het Hof opgemerkt dat vrouwen veel vaker ouderschapsverlof opnemen dan mannen (HvJ EG 21 oktober 1999, nr. C-333/97 (*Lewen*)). Als dat ook in Letland het geval is, mag de methode van beoordeling van de werknemers in het kader van de schrapping van een arbeidsplaats werknemers die ouderschapsverlof hebben opgenomen niet in een ongunstige positie plaatsen ten opzichte van werknemers die geen ouderschapsverlof hebben opgenomen. De beoordeling moet volgens identieke criteria geschieden voor alle betrokken werknemers. Bovendien mag de toepassing van die criteria niet de fysieke aanwezigheid van de werknemer impliceren, aangezien de werknemer met ouderschapsverlof aan die voorwaarde niet kan voldoen (r.o. 43). Daarom moet door de nationale rechter worden geverifieerd of de nieuwe criteria uit 2009 niet door Riežniece vervuld konden worden omdat zij niet op het werk aanwezig was. Een dergelijke situatie zou indirecte discriminatie in de zin van artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/207 met zich brengen. In een overweging ten overvloede gaat het Hof in op de stelling dat het nadelig uitpakt voor ouderschapsverlofgangers dat werknemers die in actieve dienst zijn gebleven, hun bekwaamheden hebben kunnen vergroten. Het Hof antwoordt dat de werknemers die in actieve dienst zijn gebleven weliswaar hun bekwaamheden hebben kunnen vergroten, maar dat dit slechts een mogelijkheid is, daar de enkele aanwezigheid op het werk niet betekent dat de resultaten van een werknemer noodzakelijkerwijs beter worden (r.o. 47).

In de derde plaats moet de verwijzende rechter nagaan of de aangeboden functie gelijkwaardig was, gelet op de stelling van Riežniece dat haar een functie is aangeboden waarvan de schrapping reeds was gepland. De werkgever mag het recht van de werknemer op tewerkstelling in dezelfde of een gelijkwaardige functie niet uithollen door de werknemer een functie aan te bieden die zal worden geschrapt.

3. Commentaar

Anders dan het Nederlandse recht, bevat het Europese recht expliciete bepalingen inzake het behoud van functie en arbeidsvoorwaarden voor de verlofganger in de Ouderschapsverlofrichtlijn (Richtlijn 96/34/EG, thans Richtlijn 2010/18/EU). Clausule 2, artikel 5 van de Ouderschapsverlofrichtlijn bepaalt dat de werknemer na afloop van het ouderschapsverlof het recht heeft terug te keren in zijn oude functie of, indien dat niet mogelijk is, 'in een gelijkwaardige of vergelijkbare functie die in overeenstemming is met zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding'. Artikel 6 bepaalt dat de op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd blijven behouden tot het einde van het ouderschapsverlof. Na afloop van het ouderschapsverlof zijn deze rechten volgens dit artikel 'met inbegrip van de uit de wetgeving, collectieve overeenkomsten of nationale gebruiken voortvloeiende veranderingen' van toepassing.

Het Hof van Justitie heeft zich een aantal malen gebogen over artikel 6. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat clausule 2, artikel 6 van de Ouderschapsverlofrichtlijn bedoeld is om het verlies van rechten uit een arbeidsovereenkomst tegen te gaan die de werknemer al had toen het verlof zijn aanvang nam. De clausule ziet echter niet op zijn of haar rechten tijdens het verlof, zoals bijvoorbeeld een uitkering of de opbouw van socialezekerheidsrechten. Dit is aan de nationale staten of aan werkgevers en werknemers om te bepalen (HvJ EG 16 juli 2009, nr. C-537/07, AR 2009-0543 (*Gómez-Limón*), JAR 2009/234, punt 39 en 40). Wel is een regeling op grond waarvan werknemers die met ouderschapsverlof zijn geweest na afloop van dit verlof hun daarvoor opgebouwde vakantietegoed verliezen, in strijd met clausule 2, artikel 6 (HvJ EG, 22 april 2010, nr. C-486/08, JAR 2010/129 en AR 2010-0353 (*Land Tirol*)). Verworven rechten houden volgens het Hof tevens in de betaling van salaris en emolumenten over de opzegtermijn, terwijl de ontslagvergoeding niet mag worden berekend op basis van het verminderde loon tijdens ouderschapsverlof (HvJ EG 14 mei 2009, nr. C-116/08, AR 2009-0790 (*Meerts*); JAR 2009/289; zie in die zin ook Ktr. Amersfoort 17 april 2013, JAR 2013/145, AR 2013-0396).

Het Hof heeft zich nu voor het eerst uitgesproken over artikel 5. Veel spektakel levert dit niet op; het Hof bevestigt dat het ontslagverbod geldt voor ontslag 'wegens' ouderschapsverlof, en

niet voor ontslag *tijdens* ouderschapsverlof op andere gronden. Interessanter is hetgeen het Hof overweegt inzake het verbod op indirecte discriminatie van verlofgangers.

4. Gelijke behandeling van de ouderschapsverlofganger

De positie van de ouderschapsverlofganger kan getoetst worden aan het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen zoals gewaarborgd in Richtlijn 76/207 en diens opvolger Richtlijn 2006/54 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep. Gezien de datum van de feiten in het hoofdgeding was Richtlijn 76/207 van toepassing. Ouderschapsverlofgangers zijn veelal vrouwen, en benadeling van ouderschapsverlofgangers zou dus in strijd kunnen zijn met het verbod op indirecte discriminatie (artikel 2 lid 1 Richtlijn 76/207). Indirecte discriminatie kan gerechtvaardigd worden, mits er sprake is van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel (artikel 2 lid 2 Richtlijn 76/207).

Vragen over indirecte discriminatie van een verlofganger zijn nog niet vaak aan het Hof voorgelegd. In HvJ EG 21 oktober 1999, nr. C-333/97 (*Lewen*) ging het onder andere om de vraag, in hoeverre een kerstbonus moest worden uitgekeerd aan een werknemster die met (voltijds) ouderschapsverlof was. Het Hof overwoog dat voor zover de bonus werd betaald voor verleende diensten in het verleden, de bonus pro rata moest worden toegekend aan de werknemster die met voltijds ouderschapsverlof was op het moment van toekenning. Het is blijkens deze uitspraak niet mogelijk om de bonus helemaal niet uit te betalen omdat bijvoorbeeld de prestatiedrempel die aan voltijders wordt gesteld, niet is gehaald. De wegens ouderschapsverlof niet-gewerkte uren mogen echter wel pro rata in mindering worden gebracht. Ook meende het Hof dat als de beloning is bedoeld als stimulans voor toekomstige arbeid of ter verzekering van loyaliteit, het is toegestaan om deze niet te betalen aan een verlofgangster, omdat die in een bijzondere situatie verkeert die niet vergeleken kan worden met werknemers die wel werkten. In HvJ EG 8 juni 2004, nr. C-220/02; *JAR* 2004/171 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*) acht het Hof het volgens hem particuliere, vrijwillige karakter van het opnemen van ouderschapsverlof voldoende reden om het onvergelijkbaar te maken met militaire dienst, dat volgens het Hof om een algemeen belang gaat; daarom was het gerechtvaardigd om ouderschapsverlofperiodes niet mee te tellen voor de berekening van de ontslagvergoeding en afwezigheid wegens militaire dienst wel.

Het Hof benadert speciale rechten verbonden met zorgtaken zoals verlofrechten en kinderopvangplaatsen als voorbeelden van voorkeursbehandeling die best exclusief aan vrouwen toegekend mogen worden (HvJ EG 1983, ECR 3273, 3288 (*Commissie t. Italië*); HvJ EG 12 juli 1984, nr. C-184/83 (*Hoffmann*); HvJ EG, 16 september 1999, nr. C-219/98; *JAR* 1999/216 (*Abdoulaye*); HvJ EG 19 maart 2002, nr. C-476/99; *JAR* 2002/119 (*Lommers*)). Vrouwen mogen

desgewenst gebruik maken van deze speciale rechten, zo lijkt de gedachte, maar ze moeten zich er anderzijds niet over verbazen als ze vervolgens als minder loyale of minder aantrekkelijke werknemers worden gezien, of als ze minder rechten opbouwen vanwege hun afwezigheid. Dit wordt bevestigd in rechtspraak waaruit blijkt dat het Hof een beloningssysteem gebaseerd op anciënniteit in beginsel gerechtvaardigd acht, wanneer het met de toepassing van het criterium anciënniteit nagestreefde doel erin bestaat, beroepservaring te erkennen, ook al werkt dit in het nadeel van vrouwen (HvJ EG 3 oktober 2006, nr. C-17/05; *JAR* 2006/267 (*Cadman*)). De diensttijd van deeltijders mag naar rato worden meegeteld (HvJ EG 17 oktober 1989, nr. C-109/88 (*Danfoss*)), en dat geldt vermoedelijk ook voor verlofgangers.

Wat dat betreft laat de onderhavige uitspraak een zekere wending zien. De stelling dat sprake was van indirecte discriminatie, betrof de wijze waarop beoordelingscriteria voor ontslag rekening moeten houden met de afwezigheid van de verlofganger. Te verwachten viel, gelet op de jurisprudentie tot nu toe, dat de afwezigheid van de werknemster daarin pro rata moest worden verdisconteerd, en dat de beperktere diensttijd in haar nadeel mocht worden uitgelegd als het ging om het meewegen van beroepservaring. Het Hof overweegt echter, overigens zonder de rechtvaardigingstoets uit te voeren, dat de beoordeling volgens identieke criteria moet geschieden voor alle betrokken werknemers en niet de fysieke aanwezigheid van de werknemer mag impliceren, aangezien de werknemer met ouderschapsverlof aan die voorwaarde niet kan voldoen (r.o. 43). Bovendien stelt het Hof in een overweging ten overvloede dat de werknemers die in actieve dienst zijn gebleven weliswaar hun bekwaamheden hebben kunnen vergroten, maar dat dit slechts een mogelijkheid is, daar de enkele aanwezigheid op het werk niet betekent dat de resultaten van een werknemer noodzakelijkerwijs beter worden (r.o. 47). Hiermee impliceert het Hof dat de werkgever bij zijn selectie niet kan volstaan met de aanname dat diensttijd (aanwezigheid op het werk) een acceptabel criterium is, maar dat de werkgever moet zoeken naar criteria waarmee zo veel mogelijk de objectieve bekwaamheid van werknemers wordt vergeleken. Dat is voor werknemers met zorgtaken beter dan waar ze tot nu toe op konden rekenen.

5. Behoud van rechten van de verlofganger in Nederland

Artikel 5 en 6 van clause 2 van de Ouderschapsverlofrichtlijn zijn tot nu toe niet geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving. Wel heeft de wetgever bij de totstandkoming van de Wet op het ouderschapsverlof enige overwegingen gewijd aan het behoud van rechten van de verlofganger. Zo werd opgemerkt dat voor zover arbeidsvoorwaarden niet samenhangen met het door de werknemer verdiende loon, de rechtspositie van de werknemer die verlof genoot gelijk moest blijven aan die welke gold vóór het moment van ingaan van het verlof. Als voorbeeld werd genoemd dat de opbouw van anciënniteitsjaren doorloopt als gevolg van het

verlof (*Kamerstukken II* 1987/88, 20 528, nr. 3, p. 7 en nr. 5, p. 21).

Specifieke bepalingen die de verlofganger beschermen tegen het verlies van functie of arbeidsvoorwaarden ontbreken eveneens bij zwangerschapsverlof en adoptieverlof, terwijl ook hier in Europese richtlijnen in is voorzien. Dit probleem is door de Europese Commissie aangekaart door middel van formele ingebrekestellingen in juli 2007 en januari 2009, gevolgd door een advies in september 2011. Uiteindelijk heeft de Commissie Nederland in januari 2013 verwezen naar het Hof omdat in de wetgeving nog steeds geen specifieke bepalingen zijn opgenomen met de voorwaarden waaronder werknemers naar hun functie kunnen terugkeren. Overigens bepaalt artikel 6:1a WAZO sinds 2012 wel dat de werkgever de werknemer niet mag benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte het recht op verlof geldend maakt of ter zake bijstand heeft verleend. Deze bepaling is vermoedelijk naar de smaak van de Commissie nog steeds niet specifiek genoeg.

6. Lagere jurisprudentie in Nederland

In het nationale recht hebben conflicten over het behoud van arbeidsvoorwaarden tijdens of na het verlof nog maar in weinig gevallen hun weerslag gevonden in gepubliceerde uitspraken. Er zijn vooral uitspraken te vinden over het wijzigen van het takenpakket van de werknemster tijdens of na het zwangerschapsverlof of ouderschapsverlof. Rechters oordeelden hierover opvallend genoeg zonder daarbij ooit te verwijzen naar de betreffende richtlijnen. Toch oordeelden rechters in bijna alle gevallen dat de werknemster een wijziging van het takenpakket niet hoefde te accepteren. Soms werd de grondslag hiervoor gezocht in het goed werkgeverschap, of in een toezegging.

Een overzicht van deze jurisprudentie levert het volgende beeld op:

- Een bankmedewerkster werd tewerkgesteld op lager niveau. Nu het tegendeel niet blijkt heeft de wetgever volgens de rechter bedoeld de verlofganger zijn eigen functie te laten uitoefenen (Rb. Breda (pres.) 14 maart 1991, KG 1991/128).
- Een werknemster was volgens de rechter niet gehouden een alternatieve functie te accepteren na afloop van het ouderschapsverlof, temeer wegens toezeggingen van de werkgever inzake het behoud van de functie (Ktr. Rotterdam 21 juli 1995, JAR 1996/17).
- Een werknemster is uit haar functie ontheven na zwangerschapsverlof tijdens ouderschapsverlof. Volgens de rechter is disfunctioneren niet aannemelijk gemaakt; ook al verplicht cao tot enige flexibiliteit, ontheffen uit functie tijdens ouderschapsverlof is in strijd met goed werkgeverschap (Ktr. Nijmegen 6 december 1996, JAR 1996/4).

- Een werkgever was niet gerechtigd tot tewerkstelling in lager ingeschaalde functie tijdens ouderschapsverlof, de vordering inzake opname van het ouderschapsverlof op de door werknemer gewenste wijze is toegewezen (Ktr. Breda 30 maart 2001, *JAR* 2001/85).
- Een vordering tot tewerkstelling in eigen functie tijdens gedeeltelijk ouderschapsverlof is toegewezen (Ktr. Hilversum (vzr.) 8 november 2004, *JAR* 2005/18).
- Een werkgever voert een reorganisatie door tijdens zwangerschap van werkneemster, bij terugkomst wordt haar geen passende arbeid aangeboden, ontbinding in risicosfeer werkgeefster, vergoeding C=1,5 (Ktr. Den Haag 30 juni 2006, *JAR* 2006/196).

Het goed werknemerschap kan in een enkel geval meebrengen dat toch een wijziging moet worden aanvaard. In een voorkomend geval kon de werkgever wijzigingen in het takenpakket en de werklocatie na zwangerschapsverlof doorvoeren in verband met een reorganisatie van zijn bedrijf, hetgeen resulteerde in een ontbinding zonder vergoeding tenzij het voorstel alsnog werd aanvaard (Ktr. Haarlem, 15 februari 2002, *JAR* 2002/54). Blijkens de onderhavige uitspraak van het Hof is dit correct, mits de gewijzigde functie gelijkwaardig is aan de oorspronkelijke functie.

Ook zonder wettelijke bepaling is de jurisprudentie dus in lijn met de richtlijn. Dat het behoud van rechten na terugkeer van verlof in Nederland niettemin een reëel risico is, bewijst een onderzoek van de Commissie gelijke behandeling uit 2012. Uit dat onderzoek blijkt dat zo'n tien procent van de vrouwen bij terugkeer na verlof niet al haar taken meer terugkrijgt. Het betreft vooral vrouwen in hoger geplaatste functies. Vijf procent blijkt zelfs in een lagere functie te zijn geplaatst. Ongeveer dertien procent geeft aan dat zij door zwangerschap of moederschap is benadeeld door uitsluiting van een promotie, het mislopen van salarisverhoging, geen opleiding mogen volgen of het mislopen van een vast contract en/of urenuitbreiding (zie Commissie gelijke behandeling, 'Hoe is het bevallen?', 6 maart 2012). Aan een wettelijke regeling waarin het recht op behoud van functie en arbeidsvoorwaarden met zoveel woorden wordt toegekend, is gelet hierop zonder meer behoefte. Uiteraard garandeert dat nog geen naleving van die bepaling, maar het zal werknemer en rechtshulpverleners sterken in hun overtuiging dat verlofgangers functiewijziging in beginsel niet hoeven accepteren.