

Recht

Overzicht 2000

Gelijke behandeling m/v bij de arbeid

Afgelopen jaar is er veel gebeurd op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces. Marlies Vegter schetst de relevante rechterlijke uitspraken en stipt de nationale en Europese wetgeving aan.

mr. drs. M.S.A. Vegter
onderzoeker aan de VU Amsterdam



Illustraties: Sylvia Weve

Belangrijke rechtspraakthema's van het afgelopen jaar waren: de gelijke behandeling in aanvullende pensioenregelingen, discriminatie op grond van zwangerschap en/of moederschap, deeltijdwerk, positieve discriminatie en het recht op gelijk loon voor gelijkwaardige arbeid. Op het gebied van wetgeving springen in het oog het wetsvoorstel inzake arbeid en zorg, het wetsvoorstel tot wijziging van de bewijslast in geval van discriminatie en de wet waarbij de verjaringstermijn van twee jaar in geval van discriminatie wordt geschrapt. Ten slotte is ook op EG-niveau hard gewerkt aan antidiscriminatiewetgeving. Opvallend daarbij is echter dat nu juist discriminatie naar sekse (vooralsnog) buiten beschouwing is gelaten.

Deeltijdwerk

Vrouwen werken vaker in deeltijd dan mannen. In de traditionele rolverdeling zorgen zij ook vaker meer voor kinderen dan hun (werkende) echtgenoten. De wetgever onderkent het belang van het combineren van arbeid en zorg, ook omdat de deelname van parttime werkende vrouwen aan het arbeidsproces vanuit economisch oogpunt nuttig is. Om die deelname te stimuleren is per 1 juli 2000 de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) in werking getreden.

De WAA geeft werknemers die minimaal één jaar in dienst zijn het recht om binnen bepaalde grenzen een vermindering of een uitbreiding van hun arbeidsduur te verlangen. Het recht geldt niet ingeval een werkgever zwaarwegende bezwaren heeft tegen de aan-

De rechter zal conflicten over spreiding van werkuren niet anders beoordelen dan voor de WAA

passing. Daarbij kan, ten aanzien van vermindering van het aantal uren, gedacht worden aan ernstige problemen bij de herbezetting van uren, veiligheidsproblemen of moeilijkheden van roostertechnische aard. Bij vermeerdering kunnen de bezwaren onder meer van ernstige financiële of organisatorische aard zijn of betrekking hebben op het niet voorhanden zijn van voldoende werk en/of het ontoereikend zijn van de formatieruimte of personeelsbegroting. Voor de vaststelling van de werktijden in geval van wijziging van de arbeidsduur geldt niet het criterium van de zwaarwegende bezwaren, doch is uitgangspunt dat de werkgever de door de werknemer gewenste spreiding van de uren over de week kan wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hierbij moet dus een belangenafweging worden toegepast, waarbij de belangen van partijen in beginsel van gelijk gewicht zijn.

De WAA heeft veel aandacht getrokken in de literatuur.¹ De doelstelling van de wet bleek zowel zeer positieve (eindelijk aandacht voor de combinatie van werk en zorg) als zeer negatieve emoties (inbreuk op vrijheid van de werkgever) op te roepen. Kritiek was er vanuit beide kampen op diverse technische aspecten van de wet. Gezien deze ruime aandacht voor de WAA werd reikhalzend uitgezien naar de eerste uitspraak onder deze wet. Deze is inmiddels verschenen en is gedaan door de kantonrechter te Zwolle op 12 oktober 2000.² Het betrof een werknemster in de thuiszorg die haar arbeidsduur van 24 uur naar 20 of 16 uur wilde terugbrengen in verband met de zorg voor haar kind, waarbij zij te kennen gaf op drie dagen te willen werken. De werkgever stemde in met de vermindering van de arbeidsduur, doch wenste dat de werknemster op vijf halve dagen beschikbaar zou zijn. De kantonrechter ging de bezwaren van de werkgever tegen het werken op twee en een halve dag uitgebreid langs om deze ten slotte alle te verwerpen. Van belang daarbij is dat de kantonrechter erkende dat de gewenste uren-spreiding voor de werkgever (enige) extra kosten met zich zou brengen omdat hij noodzaak zou zijn een extra kracht in dienst te nemen die gedeeltelijk op dezelfde tijden zou moeten werken als werknemster. Beiden zou-

den namelijk aanwezig moeten zijn bij het werkoverleg op dinsdagmiddag. De kantonrechter merkte in dit verband echter op dat dergelijke kosten door de wetgever uitdrukkelijk waren voorzien bij de invoering van de WAA, zodat hierin geen argument gelegen was om het verzoek van de werknemster af te wijzen. Wel bepaalde de rechter dat de werknemster geen vaste werktijden kon verlangen, maar moest instemmen met een inroostering waarbij aanvangs- en eindtijden binnen een bandbreedte van enkele uren konden variëren.

De redenering van de kantonrechter sluit keurig aan bij het systeem van de WAA en volgt overigens de al in eerdere rechtspraak, gewezen voor invoering van de WAA, uitgezette lijn. Ook daarin werd veelal een vergelijkbare afweging van de belangen van werkgever en werknemer toegepast. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de uitspraak van de kantonrechter te Gouda van 15 juli 1999.³ Daarin was een vergelijkbare casus aan de orde, waarin een werknemster ook op twee en een halve dag wilde werken en de werkgever de voorkeur gaf aan vijf halve dagen. In die zaak vond de rechter evenwel, anders dan in de zaak uit Zwolle, de belangen van de werkgever zwaarder wegen.

Gezien deze rechtspraak lijkt de verwachting gewettigd dat de beoordeling van de rechter van conflicten over de spreiding van uren over de week in de toekomst niet anders zal geschieden dan in het verleden. Komen de meer technische aspecten van de WAA aan de orde – zoals de eisen die gesteld mogen worden aan een kleine werkgever⁴, wat rechtens is als een werknemer binnen twee jaar meer dan één keer om aanpassing van de arbeidsduur verzoekt⁵ enzovoort – dan zullen de rechters niet kunnen teruggrijpen op eerdere uitspraken. Vooralsnog hebben dergelijke kwesties de rechtszaal evenwel nog niet bereikt.

Op een andere wijze kwam deeltijdwerk aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 4 oktober 2000.⁶ Daarin ging het niet om het recht op deeltijdwerk, maar om onderscheid tussen voltijders en deeltijders. Deeltijders ontvingen van de bloemenvoeding Aalsmeer in geval van ziekte enkel het loon over het aantal overeengekomen uren en niet over het aantal meeruren dat zij gemiddeld maakten, dit terwijl zij op structurele

1 O.a. P.C. Vas Nunes, 'De WAA: gedachten van een werkgeversadvocaat', *SMA* 2000, p. 6-13; E.M. Kneppers-Heynert, 'De Wet aanpassing arbeidsduur: over dromen en daden, wetten en praktische bezwaren', *Sociaal Recht* 2000, p. 127-132; D.J.B. de Wolff, 'Wet aanpassing arbeidsduur: nodeloos ingewikkeld, maar wel noodzakelijk', *Sociaal Recht* 2000, p. 253-256 met naschrift van E.M. Kneppers-Heynert op p. 256; J.J. Willemsen, 'Wet aanpassing arbeidsduur', *ArbeidsRecht* 2000, p. 28-31; R.M. Beltzer en M. van Eck, 'Nieuwe wet voor meer of minder werken', *Advocatenblad* 2000, p. 238-241.

2 *JAR* 2000, 231.

3 *JAR* 1999, 184.

4 De WAA geldt niet voor werkgevers met minder dan tien werknemers. Wel moeten zij een eigen regeling opstellen.

5 Art. 2 lid 2 WAA bepaalt dat een werknemer slechts eens per twee jaar een aanpassingsverzoek mag indienen, maar stelt voorts dat na afhandeling van een verzoek binnen twee jaar een nieuw verzoek kan worden gedaan. De vraag is dan of dit ook na een kortere periode, bijvoorbeeld zes maanden, kan of niet en wat de consequenties voor de werkgever zijn als hij niet op een dergelijk tweede verzoek reageert.

6 *JAR* 2000, 232.

Omdat de structurele meeruren van de deeltijders bij ziekte buiten beschouwing bleven ontvingen zij minder loon dan voltijders

basis meer uren werkten dan overeengekomen. Bovendien ontvingen voltijders in geval van meeruren een overwerktoeslag, terwijl de deeltijders die enkel kregen ingeval zij meer dan acht uur op een dag werkten. Zowel de kantonrechter als de rechtbank oordeelden dat de bloemenveiling aldus in strijd handelde met art. 7:648 BW. Uitgangspunt is, aldus de rechtbank, dat voor hetzelfde aantal uren, gewerkt binnen een bepaalde periode, de totale beloning gelijk moet zijn, ongeacht of een gewerkt uur voor de ene werknemer wel en voor de andere niet binnen de contractuele arbeidsduur valt. Krijgt een voltijder in geval van ziekte alle uren vergoed en de deeltijder alleen zijn contractuele arbeidsduur, dan is er sprake van een ongeoorloofd onderscheid.

Cruciaal hier is dat er sprake was van structurele meeruren van de deeltijders. In feite was hun contractuele arbeidsduur door de feitelijke omstandigheden gewijzigd (vergelijk art. 7:610b BW). Op zichzelf is het immers sinds het arrest-Helmig van het Hof van Justitie van de EG⁷ geoorloofd om deeltijders eerst een overwerktoeslag te betalen als zij de arbeidsduur van de voltijders hebben volgemaakt. Door deze lijn te volgen handelde de bloemenveiling dan ook niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Wat het onderscheid in dit geval echter ontoelaatbaar maakte, was dat de – structurele – meeruren van de deeltijders in geval van ziekte eenvoudigweg buiten beschouwing bleven, zodat zij, ook indien zij een gelijk aantal uren werkten als voltijders, een lagere beloning ontvingen, zowel over het aantal uren gelegen onder de acht uur per dag als over het aantal uren dat de reguliere werkdag overschreed.

Pensioen

Op het gebied van pensioen is het afgelopen jaar veel te doen geweest. Een belangrijke, nog steeds spelende kwestie is in hoeverre vrouwen met terugwerkende kracht deelname kunnen verlangen c.q. aanspraak kunnen maken op een bedrijfstak- of ondernemingspensioenregeling, voor de periode waarin zij vanwege deeltijdwerk, uitsluiting van (gehuwde) vrouwen, ongelijke pensioenleeftijden, ongelijke entreevereisten et cetera niet aan zo'n regeling konden deelnemen. Met name doet zich de vraag voor in hoeverre dergelijke pensioenaanspraken verjaard zijn.⁸

Deze problematiek is een uitvloeisel van de uitspraken van het EG-hof in de zaken-Barber,⁹ -Vroege en -Fisscher.¹⁰ Zoals wellicht bekend besliste het HvJ EG in Barber dat het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw ook geldt voor aanvullende pensioenregelingen. Omdat de EG zelf in deze kwestie nogal wat onduidelijkheid had veroorzaakt door in haar wetgeving de gelijke behandeling in aanvullende pensioenregelingen pas te verlangen vanaf 1993,¹¹ beperkte het HvJ EG de werking van het arrest-Barber tot aanspraken vanaf de datum van het arrest, zijnde 17 mei 1990. In Vroege en Fisscher nuanceerde het HvJ EG deze uitspraak evenwel door te stellen dat onderscheid op grond van sekse dat tot uitsluiting van deelname aan de pensioenregeling had geleid, anders dan onderscheid dat consequenties had gehad voor de (hoogte van de) pensioenuitkeringen – de vorm van onderscheid die in Barber aan de orde was – diende te worden gerepareerd met terugwerkende kracht tot 8 april 1976. Reeds in het arrest-Bilka¹² was namelijk beslist dat het recht op deelname aan een aanvullende pensioenregeling onder het recht op gelijke beloning van art. 119 (oud) EG-Verdrag viel, op welk recht EG-burgers zich sinds 1976 rechtstreeks, voor hun nationale rechter, konden beroepen.¹³ Met andere woorden, met betrekking tot aansluiting hadden de pensioenuitvoerders (en lidstaten) kunnen weten waar zij aan toe waren.

De vraag die vervolgens rees was in hoeverre pensioenuitvoerders werknemers die alsnog met terugwerkende kracht aansluiting bij een pensioenregeling claimden, konden tegenwerpen dat hun vordering verjaard was. Op grond van het Europese recht geldt dat verjaringstermijnen worden bepaald door het nationale recht met dien verstande dat nationale termijnen de uitoefening van het EG-recht niet illusoir mogen maken en dat deze termijnen niet ongunstiger mogen zijn dan termijnen die gelden voor vergelijkbare nationale vorderingen welke niet te herleiden zijn tot het EG-recht. In het Nederlandse recht deed zich met name de vraag voor welke verjaringstermijn geldt voor vorderingen tot pensioenreparatie. In de lagere rechtspraak werden hierover verschillende oordelen gegeven, waarbij de gehanteerde verjaringstermijn, ook afhankelijk van de vraag of oud of nieuw BW

7 JAR 1995, 36.

8 Zie voor een overzicht A.G. Veldman, 'Stille strijd rond het (Europese) recht op pensioenreparatie', *Sociaal Recht* 2000, p. 327-332.

9 HvJ EG 17 mei 1990, *Jur.* 1990, p. I-1889.

10 HvJ EG 28 september 1994, *Jur.* 1994, p. I-4541 en *Jur.* 1994, p. I-4583.

11 In de richtlijn op het gebied van gelijke behandeling in de bovenwettelijke sociale zekerheid (de zogeheten vierde richtlijn), richtlijn 86/378/EG van 24 juli 1986, *PbEG* 1986 L 225, p. 40.

12 HvJEG 13 mei 1986, *Jur.* 1986, p. 1607.

13 Namelijk sinds het arrest-Defrenne II, HvJEG 8 april 1976, *Jur.* 1976, p. 455.

Recht



van toepassing was, varieerde van vijf tot dertig jaar.¹⁴

Uiteindelijk heeft de Hoge Raad op 3 december 1999 een oordeel gegeven over deze kwestie.¹⁵ In de zaak-Rosendal/Innovam besliste het rechtscollege dat de vordering van Rosendal om met terugwerkende kracht opgenomen te worden bij de pensioenregeling moest worden aangemerkt als een vordering tot betaling van schadevergoeding. Dat betekende dat de lange verjaringstermijn van dertig jaar van toepassing was, zodat Innovam Rosendal alsnog tot de regeling moest toelaten vanaf 1980 (het eerstmogelijke toelatingsjaar rekening houdend met een entreevereiste van twee jaar). Dit arrest heeft evenwel alleen betrekking op oud BW. Daarom is ook thans nog niet duidelijk welke verjaringstermijn onder nieuw BW geldt. Aannemende dat de vordering tot aansluiting ook onder nieuw BW als een vordering tot schadevergoeding moet worden beschouwd, zou een termijn

van twintig jaar gelden alsmede het vereiste dat binnen vijf jaar na het bekend worden van de schade een vordering moet worden ingesteld (art. 3:310 BW). Het wachten is nu op een uitspraak hierover.

Intussen heeft het HvJEG echter niet stilgezeten en in een Engelse zaak bepaald dat nationale termijnen die bepalen dat de vordering tot aansluiting bij een pensioenregeling alleen betrekking kunnen hebben op de laatste twee jaar voor instelling van de vordering, in strijd zijn met het EG-recht.¹⁶ Het gevolg van dergelijke termijnen zou namelijk zijn dat niet alle perioden waarin gewerkt is kunnen meetellen voor de berekening van de pensioenuitkeringen, zelfs niet waar het gaat om toekomstige pensioenuitkeringen, dat wil zeggen die uitkeringen die betrekking hebben op perioden gelegen na het instellen van de vordering. Ook voor Nederland kan deze uitspraak relevant zijn. Ook hier kan zich immers de situatie voordoen dat eerdergenoemde verjaringstermijnen (twintig en vijf jaar) beletten dat reeds gewerkte perioden meetellen bij het vaststellen van toekomstige pensioenaanspraken. In een dergelijk geval zouden deze termijnen op grond van het EG-recht buiten beschouwing gelaten moeten worden.

Het gaat hierbij overigens steeds om vorderingen tot aansluiting met terugwerkende kracht bij een pensioenregeling die voorheen aansluiting van vrouwelijke werknemers geheel of ten dele uitsloot. De recente rechtspraak van Hoge Raad en HvJEG biedt geen soelaas voor die werkneemsters die zich wel bij een regeling konden aansluiten, maar een lager pensioen krijgen dan hun mannelijke collega's als gevolg van ongelijke pensioenleeftijden in het verleden en die niet tijdig een rechtsoverdracht hebben ingesteld. Voor hen geldt nog steeds de beperking in de tijd van Barber, zoals onder meer blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 1 september 1999.¹⁷

Tot slot is nog relevant dat nationale wetgeving wel mag bepalen dat pensioenuitvoerders alsnog aansluiting vanaf 1976 of zelfs nog vanaf een eerdere datum mogelijk moeten maken. Voor zover dit de mededinging tussen ondernemingen verstoort, geldt dat het economische doel van art. 119 (oud) EG-Verdrag in dezen ondergeschikt is aan het

¹⁴ Zie o.a. Ktr Rotterdam 15 september 1995, *JAR* 1995, 205; Ktr Utrecht 22 mei 1996, *JAR* 1996, 175; Rb Den Haag 16 april 1997, *JAR* 1997, 162.

¹⁵ *JAR* 2000, 17; *RvdW* 1999, 187.

¹⁶ HvJEG 16 mei 2000, *JAR* 2000, 153.

¹⁷ *JAR* 2000, 10.

Gecorrigeerd naar functie- en persoonskenmerken resteert een beloningsverschil van zeven procent, dat het gevolg kan zijn van seksdiscriminatie

sociale doel ervan, te weten de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, welk doel 'de uitdrukking vormt van een fundamenteel mensenrecht.'¹⁸

Gelijke beloning

Veel aandacht was er in 2000 voor gelijke beloning, zowel voor gelijke beloning van man en vrouw als voor gelijke beloning voor werk van gelijke waarde in het algemeen, ongeacht geslacht.¹⁹ Het beginsel dat vrouwen recht hebben op een gelijke beloning indien zij werk verrichten vergelijkbaar met dat van mannelijke collega's vindt zijn basis in het algemene artikel inzake gelijke behandeling, art. 7:646 BW en in art. 141 EG-Verdrag (voorheen art. 119). Een uitspraak hierover werd in november 1999 gewezen door de Rechtbank Amsterdam met betrekking tot inschaling in het onderwijs.²⁰ De kwestie betrof een docente edelsmeden die minder verdiende dan haar mannelijke collega omdat zij, aldus haar werkgever, minder relevante werkervaring meebracht. De rechtbank oordeelde dat er sprake was van indirecte discriminatie, nu vrouwen veel vaker dan mannen hun loopbaan onderbreken om voor kinderen te zorgen. De werkgever had hiermee rekening moeten houden en de ervaring van de docente als zelfstandig edelsmid en als opvoeder gedeeltelijk moeten meetellen bij de inschaling. Inschaling op hetzelfde niveau als de mannelijke collega was evenwel niet vereist.

Het leveren van het bewijs dat er sprake is van ongelijke beloning kan lastig zijn ingeval een functiewaarderingssysteem ontbreekt. In een zaak betreffende Hoffmann Bedrijfsrecherche was aangetoond dat de kans dat er sprake was van ongelijke beloning, vijftig procent was. De Commissie gelijke behandeling en de kantonrechter legden het bewijsrisico bij de werkgever en oordeelden dat er sprake was van ongelijke beloning, nu het ontbreken van een functiewaarderingssysteem in de risicofeer van de werkgever viel. Rechtbank en Hoge Raad vonden evenwel dat een kans op vijftig procent ongelijke beloning onvoldoende onderbouwing vormde voor toewijzing van de loonvordering en gunden het voordeel van de twijfel aldus aan de werkgever.²¹

Het HvJEG oordeelde op 30 maart 2000²² – nogmaals²³ – dat bij een loonvergelijking de onderdelen waaruit het loon bestaat met elkaar vergeleken moeten worden en niet het totaalpakket. Daarbij geldt dat een toeslag voor het werken op ongunstige uren als een loononderdeel moet worden aangemerkt. De waarde in geld van arbeidstijdverkortingsvormt echter geen onderdeel van het loon, doch een arbeidsvoorwaarde in de zin van richtlijn 76/207/EEG. Deze dient dan ook niet in een loonvergelijking te worden betrokken, maar kan eventueel wel een rechtvaardigingsgrond vormen voor een verschil in beloning.

Dat aandacht voor beloningsverschillen tussen man en vrouw geen overbodige luxe is, blijkt overigens uit het 'Plan van aanpak gelijke beloning', dat staatssecretaris mevrouw Verstand in 2000 naar de Tweede Kamer heeft gestuurd.²⁴ Onderdeel van het plan vormen drie onderzoeksrapporten, waarvan er een betrekking heeft op beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen.²⁵ Uit het rapport blijkt dat vrouwen in het bedrijfsleven gemiddeld 23 procent minder verdienen dan mannen. Gecorrigeerd naar functie- en persoonskenmerken resteert een beloningsverschil van zeven procent dat mogelijk wordt verklaard door seksdiscriminatie. De staatssecretaris beoogt dit verschil aan te pakken door middel van voorlichting en deskundigheidsbevordering en, zo nodig, door het stellen van wettelijke eisen ten aanzien van het seksneutraal zijn van functiewaarderingssystemen, het houden van gerichte nalevingsonderzoeken in sectoren met hogere beloningsverschillen dan gemiddeld en uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie gelijke behandeling.

Zwangerschap/moederschap

Zwangerschap blijft aanleiding geven voor juridische procedures, met name in kwesties rondom aanstelling en ontslag. Aan het HvJEG werd de vraag voorgelegd of een werkgever gerechtigd is te weigeren een zwangere vrouw in dienst te nemen indien reeds vaststaat dat zij in de begintijd de functie niet zal kunnen uitoefenen vanwege haar zwangerschap. Het HvJEG oordeelde van niet, waarbij onder meer een rol speelde dat het ging om een functie voor onbepaalde tijd.²⁶ Verder

18 HvJEG 10 februari 2000, *JAR* 2000, 103.

19 Nu dit artikel de gelijke behandeling van mannen en vrouwen betreft, zal hierop niet verder worden ingegaan. Zie hierover mr. P.C. Vas Nunes, 'Geen geze...', iedereen gelijk,' in *ArbeidsRecht* 2000-53.

20 *JAR* 2000, 25.

21 Hoge Raad 25 februari 2000, *JAR* 2000, 83.

22 *JAR* 2000, 123.

23 Zie ook HvJEG 17 mei 1990, *Jur.* 1990, p. I-1889 (Barber).

24 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 099, nr. 1.

25 *De positie van mannen en vrouwen in het bedrijfsleven en de overheid* 1999, Den Haag 2000: ministerie van SZW Arbeidsinspectie.

26 HvJEG 3 februari 2000, *JAR* 2000, 65 (Mahlburg).

**Een werkneemster
hoeft zwangerschap
tijdens een
sollicitatiegesprek
niet te onthullen,
ook niet onder
dreiging met een
beroep op bedrog**

merkte het HvJEG op dat de financiële gevolgen voor de werkgever geen weigering kunnen rechtvaardigen, omdat deze onlosmakelijk verbonden zijn aan de afwezigheid wegens zwangerschap en daarmee aan de zwangerschap zelf.

Ondanks deze – en vergelijkbare²⁷ – uitspraken billijkte de kantonrechter Amsterdam een vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens dwaling door een werkgever die een sollicitante had aangenomen die kort na haar aanstelling meedeelde zwanger te zijn en daarom niet aanwezig te kunnen zijn in de zomermaanden.²⁸ Haar aanwezigheid in deze periode was cruciaal voor de werkgever, hetgeen ook besproken was tijdens het sollicitatiegesprek. De kantonrechter vond dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst in dit geval gerechtvaardigd was omdat de werkneemster de werkgever had misleid.

Een dergelijke opvatting betekent evenwel dat feitelijk geen enkele bescherming meer wordt geboden tegen het niet aanstellen van een werkneemster vanwege zwangerschap. Een werkneemster kan dan immers, onder dreiging met een beroep op dwaling of bedrog, gedwongen worden in een sollicitatiegesprek te vermelden dat zij zwanger is. Vervolgens kan de werkgever besluiten haar niet aan te nemen. Het is dan aan de werkneemster te bewijzen dat het niet aanstellen op haar zwangerschap berustte, een bewijs waar zij vaak niet in zal slagen. Niet voor niets is reeds jaren geleden aangegeven dat een werkneemster tijdens een sollicitatiegesprek niet of niet naar waarheid hoeft te antwoorden op vragen omtrent een eventuele zwangerschap.²⁹

In een zaak die aan de Rechtbank Den Haag³⁰ werd voorgelegd, was zwangerschap reden voor ontslag tijdens de proeftijd. Dat het ontslag discriminatoir was, stond daarmee wel vast. De procedure had met name betrekking op de gevolgen ervan. De sanctie op een dergelijk ontslag is de vernietigbaarheid ervan, hetgeen in casu betekende dat de werkgever het loon moest doorbetalen over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De kantonrechter had voorts een bedrag van 10.000 gulden toegekend vanwege het mislopen van de kans op verlenging van de arbeidsovereenkomst na afloop van het tijdelijke contract, dit omdat

partijen waren overeengekomen dat bij gebleken geschiktheid verlenging zou volgen. De rechtbank vond dit te ver gaan, mogelijk omdat de werkgever toch al ruim acht maanden salaris moest doorbetalen zonder dat hier een arbeidsprestatie tegenover stond. In elk geval oordeelde de rechtbank dat de verwachting dat de arbeidsovereenkomst verlengd zou worden onvoldoende reden was voor de toekenning van schadevergoeding vanwege het niet doorgaan ervan.

Bont maakte een werkgever in Schiedam het die een werkneemster belette om na haar zwangerschapsverlof voor de bedongen arbeidsduur van 32 uur terug te keren, omdat hij vreesde dat zij dit niet aan zou kunnen omdat zij nu twee kinderen had, Marokkaanse was en met een conservatieve/traditionele Marokkaanse man getrouwd was en naast haar werk de zorg voor haar gezin en huishouden had, hetgeen een te zware combinatie zou zijn. Zowel de Commissie gelijke behandeling als de kantonrechter oordeelde dat er sprake was van discriminatie, zowel naar geslacht als naar ras. Bij de uiteindelijk onvermijdelijk geworden ontbinding werd daarom door de kantonrechter een correctiefactor 2,5 gehanteerd bij vaststelling van de toe te kennen vergoeding.³¹

Van discriminatie ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden op grond van zwangerschap is sprake indien geen roostervrije uren/ATV-dagen worden opgebouwd over de periode van het zwangerschapsverlof, waarbij van belang is dat deze uren/dagen moeten worden beschouwd als een looncomponent die een compensatie vormt voor minder te ontvangen loon door werknemers.³² Ook het komen te vervallen van vakantiedagen in het onderwijs door samenloop van zwangerschapsverlof en schoolvakantie kan niet door de beugel, zowel vanwege strijd met de vakantieregeling in het BW als vanwege strijd met het recht op gelijke behandeling m/v.³³

Opvallend was ten slotte de zaak waarin een werkgever tijdens het bevallingsverlof van een werkneemster een ontslagvergunning had aangevraagd bij de RDA op bedrijfseconomische gronden. Na deze aanvraag maar vóór het einde van het verlof meldde de werkneemster dat zij ziek was en dit nog wel enige tijd zou blijven na afloop van het verlof. De ontslagvergunning werd vervolgens verleend

27 Zie bijvoorbeeld HvJEG 8 november 1990, *NJ* 1992, 224 (Dekker).

28 *JAR* 2000, 155.

29 I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer 1994, p. 109. Zie over de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam ook R.M. Beltzer, 'Vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens zwangerschap: de kantonrechter verdwaald?', *Arbeid Integraal* 200, p. 116-118.

30 *JAR* 2000, 77.

31 Cgb 14 december 1999 en Ktr Schiedam 5 juli 2000, *JAR* 2000, 180.

32 Ktr Helmond 26 november 1999, *JAR* 2000, 53.

33 Ktr Middelburg 10 januari 2000, *JAR* 2000, 93 en Ktr Apeldoorn 7 juni 2000, *JAR* 2000, 157.

**Positieve
discriminatie lijkt
uitgestorven terwijl
vrouwen vaak
ondervertegen-
woordigd zijn**

Verschuiving bewijslast

Uit het persbericht van het Ministerie van Sociale Zaken

'Sinds 1 januari 2001 is in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen een nieuw artikel 6a opgenomen:

"Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld."

Hierbij gelden o.a. de volgende voorwaarden:

De agerende partij kan ermee volstaan feiten te stellen waaruit de rechter het vermoeden kan afleiden dat onderscheid is

gemaakt tussen mannen en vrouwen; eiser hoeft dus geen feiten te stellen waaruit het onderscheid zelf rechtstreeks voortvloeit.

De eisende partij dient haar stellingen voldoende te motiveren; de ongefundeerde stelling: "ik ben gediscrimineerd" schiet tekort.

De feiten waaruit het vermoeden kan worden afgeleid moeten in rechte vast komen te staan; ze moeten door eiser worden bewezen in geval van voldoende gemotiveerde betwisting door verweerder.

Er zijn overigens Europese ontwikkelingen die noodzaken dat deze bewijsregel op termijn wordt uitgebreid naar non-discriminatiegronden als ras en etnische afstamming.'

en de werkgever beëindigde de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter oordeelde dat het ontslag geldig was. Het opzegverbod tijdens zwangerschap(sverlof) en bevallingsverlof beschermt niet tegen het aanvragen van een ontslagvergunning tijdens het verlof, doch enkel tegen opzegging tijdens deze periode en tijdens de eerste zes weken na hervatting van het werk. De werkgever had echter niet in een van deze perioden opgezegd, maar tijdens ziekte. Het opzegverbod bij ziekte bood echter ook geen soelaas, omdat de werkneemster zich ziek had gemeld nadat een ontslaaanvraag was ingediend. Hier lijkt duidelijk sprake van ongelijke behandeling. Immers, alleen vrouwen kunnen te maken krijgen met ziekte als gevolg van zwangerschap en/of bevalling en hebben aldus behoefte aan ontslagbescherming in een dergelijke periode, een behoefte die niet geldt voor mannen en niet zwangere en/of pas bevallen vrouwen. Bovendien is de hier geschetste situatie strijdig met de bedoeling van het opzegverbod tijdens zwangerschap en verlof, te weten 'het voorkomen van nadelige gevolgen van ontslag voor de lichamelijke en geestelijke toestand van de zwangere en bevallen vrouw.'³⁴ Een wetswijziging lijkt dan ook aangewezen.³⁵

Positieve discriminatie

Het HvJEG heeft in 2000 in twee uitspraken nader uiteengezet binnen welke grenzen posi-

tieve discriminatie toelaatbaar is.³⁶ Conclusie hiervan is dat het in elk geval niet geoorloofd is om vrouwen automatisch voorrang te verlenen bij een sollicitatie. Voorrang bij gelijke geschiktheid is in beginsel toegestaan, doch enkel zolang afwijkingen van deze regel niet bij voorbaat zijn uitgesloten. Er moet enige ruimte zijn voor het naar voren schuiven van een mannelijke kandidaat indien individuele omstandigheden daartoe aanleiding geven. Verder moeten de selectiecriteria inzichtelijk zijn, zodat toetsbaar is of er geen sprake is van automatische voorrang op grond van geslacht. Een criterium als het beschikken over de vereiste 'objectiviteit' voldoet niet aan de vereiste inzichtelijkheid. Criteria die de selectieprocedure voor vrouwen op ongunstige wijze kunnen beïnvloeden – bijvoorbeeld diensttijd, leeftijd, gezinssituatie, deeltijdarbeid, onderbrekingen en vertragingen bij het halen van diploma's vanwege de zorg voor kinderen – mogen geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing worden gelaten. Ook hierbij geldt dat dit wel op inzichtelijke en toetsbare wijze moet geschieden.

Voor het Nederlandse arbeidsrecht is de betekenis van deze uitspraken overigens beperkt. In elk geval in de marktsector lijkt positieve discriminatie een uitstervend of uitgestorven verschijnsel te zijn, gelet op het geheel ontbreken van rechtspraak hierover en op de afwezigheid van discussie in vakbladen

³⁴ Kamerstukken II 1996/1997, 25 263, nr. 3, p. 27.

³⁵ Ktr Rotterdam 13 maart 2000, *Rechtspraak Nemesis* 2000, 1215, met noot Anky Kloosterman.

³⁶ HvJEG 28 maart 2000, *JAR* 2000, 104 en HvJEG 6 juli 2000, *JAR* 2000, 194.

etc. Of dit terecht is, is zeer de vraag, gelet op de ondervertegenwoordiging van vrouwen in meerdere beroepsgroepen.³⁷

Wetgeving

Wat wetgeving betreft is de belangrijkste gebeurtenis in 2000 de indiening van het Wetsvoorstel arbeid en zorg bij de Tweede Kamer op 27 juni 2000.³⁸ Doel van de wet is het vergemakkelijken van de combinatie van arbeid en zorg en het bevorderen van blijvende deelname aan de arbeidsmarkt van vrouwelijke werknemers. De wet zal een bundeling worden van een aantal reeds bestaande regelingen zoals het calamiteitenverlof en het ouderschapsverlof en introduceert daarnaast enige nieuwe regelingen, waarvan de belangrijkste zijn een recht op maximaal tien dagen betaald (70 procent) zorgverlof per jaar, het recht op drie weken betaald adoptieverlof en het recht op twee dagen betaald kraamverlof voor partners. Revolutionair is het voorstel niet. Hoogstens kan gesproken worden van een voorzichtig stapje voorwaarts richting verdere ondersteuning van het combineren van werk en zorgtaken, waarbij dan met name het zorgverlof – dat overigens door de werkgever geweigerd kan worden in geval van zwaarwegende bedrijfsbelangen – een belangrijke vernieuwing vormt.³⁹

Verder is in 2000 het wetsvoorstel aangenomen tot wijziging van de bewijslast in geval van discriminatie.⁴⁰ De wet is in werking getreden op 1 januari 2001. De wet beoogt EG-richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht te implementeren

door middel van wijziging van de Wet gelijke behandeling m/v en art. 7:646 BW. Kern van de wet is dat indien iemand voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die een vermoeden van discriminatie op grond van geslacht doen ontstaan, de bewijslast naar de verwerende partij verschuift. Deze moet dan aantonen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden.

De verjaringstermijn in de Wet gelijke behandeling voor het vorderen van gelijk loon is eindelijk verlengd van twee naar vijf jaar, de gewone termijn voor loonvorderingen, ten einde te voldoen aan de eisen van het EG-recht. De bewuste wetswijziging is inmiddels in het *Staatsblad* verschenen.⁴¹

Op EG-niveau zijn in het afgelopen jaar twee nieuwe antidiscriminatie-richtlijnen aangenomen, waarvan er één betrekking heeft op gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afkomst en er één ziet op gelijke behandeling in het kader van bedrijf of beroep.⁴² De richtlijnen bevatten verderstrekkende bepalingen, met name ten aanzien van werkingssfeer en handhaving, dan tot nog toe het geval was in de richtlijnen op het gebied van seksdiscriminatie. Opvallend is dat discriminatie naar sekse in beide richtlijnen ontbreekt. Om de bescherming tegen deze vorm van discriminatie op te krikken naar een vergelijkbaar niveau is inmiddels wel een voorstel ingediend tot aanvulling van richtlijn 76/207/EEG inzake gelijke behandeling m/v. Te hopen is dat dit voorstel op dezelfde voortvarende wijze zal worden behandeld als de in 2000 aangenomen richtlijnen.

37 Zoals hoogleraren in het recht (4,9 procent vrouw in 1999), zie C. Prins en W. Witteveen, 'Hoogleraar in het recht m/m?', *NJB* 1999, p. 728-729 en de reactie daarop van I.C. van der Vlies, 'M/M verandert wel', *NJB* 1999, p. 729.

38 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 207, nrs. 1-3.

39 Zie voor veelal kritische besprekingen van het wetsvoorstel en de daaraan voorafgaande 'Nota arbeid en zorg' onder meer M.S.A. Vegter, 'Commentaar op de Nota Arbeid en Zorg', *Nemesis* 1999, p. 170-177; K. Boonstra, 'De concurrentiestrijd tussen arbeid en zorg', *Rechtshulp* 1999, p. 2-11; M. Driessen, 'De Nota arbeid en zorg: veel geschreeuw, weinig wol', *Sociaal Recht* 1999, p. 123-124.

40 *Staatsblad* 2000, 635.

41 *Staatsblad* 2000, 391; de wetswijziging is in werking getreden op 4 oktober 2000.

42 Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming van 29 juni 2000, *PbEG* 2000 L 180/22 en richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in bedrijf en beroep, *PbEG* L 303/16.