

ANNOTATIE

Compensatie van samenloop tussen zwangerschaps- en bevallingsverlof en ‘overige dagen’ in het mbo

mr. S.A. Slootweg

Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, 12-01-2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343 (AR-2024-0128)

Het compenseren van samenloop tussen zwangerschaps- en bevallingsverlof en ‘overige dagen’ in het mbo: als Pasen en Pinksteren op één dag vallen of moet het mbo er toch aan geloven?

1 Inleiding

Op 12 januari 2024 heeft de kantonrechter van de rechtbank Rotterdam in een onderwijszaak prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad in aanvulling op het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2020.[1] In dit arrest heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over samenloop van het zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties in het voortgezet onderwijs.[2] Een van de belangrijkste vragen die de kantonrechter in onderhavige zaak aan de Hoge Raad voorlegt, is of artikel 8.1 lid 10 van de Cao MBO – waaruit volgt dat zwangerschaps- en bevallingsverlof niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met ‘overige dagen’ die niet als vakantiedagen ex artikel 7:634 BW zijn aangeduid – in strijd is met het verbod op discriminatie op grond van geslacht.[3] In deze annotatie worden allereerst de relevante bepalingen uit de Cao MBO besproken. Daarna worden de feiten en het (voorlopig) oordeel van de kantonrechter geschetst. Vervolgens worden de eerste twee prejudiciële vragen besproken aan de hand van eerder gewezen rechtspraak van de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof). Afgesloten wordt met een gewenste beantwoording van (een deel van) de gestelde prejudiciële vragen.[4]

2 Relevante bepalingen in de Cao mbo

2.1 De normjaartaak

Artikel 3.1 Cao mbo bepaalt dat de normjaartaak van een werknemer 1659 uur bedraagt. Verder volgt uit artikel 3.3 van die cao dat voor werknemers die deel uitmaken van een onderwijsteam – zoals werkneemster in onderhavige zaak – een inzetbaarheidskader geldt waarbij de

normjaartaak is onderverdeeld in (a) 1200 uur voor die werkzaamheden die verband houden met de uitvoering van het onderwijs en de direct daaruit voorkomende werkzaamheden en (b) 459 uur voor die werkzaamheden die verband houden met de organisatie en ontwikkeling van het onderwijs, waaronder professionalisering, overleg, afstemming en coördinatie. Een werkweek is vastgesteld op 40 uur, waarnaast de werknemer op 200 dagen per jaar kan worden ingezet voor het verrichten van werkzaamheden.

2.2 Vakantie en samenloop met zwangerschaps- en bevallingsverlof

Een werknemer in het middelbaar beroepsonderwijs heeft op grond van artikel 8.1 van de Cao mbo recht op 30 dagen vakantie per kalenderjaar, waarbij feestdagen niet als vakantiedagen worden aangemerkt. In lid 10 van ditzelfde artikel is opgenomen dat een werknemer die betrokken is bij het primaire proces (lees: het onderwijs) en die is benoemd in een functie met carrièrepatroon 9 of hoger in geval van samenloop met zwangerschaps- en bevallingsverlof haar vakantiedagen in beginsel opneemt in periodes waarin voor haar geen directe onderwijstaken zijn ingeroosterd.[5] In de cao wordt toegelicht dat, tenzij de cao of de Wet arbeid en zorg (Wazo) anders bepaalt, samenlopende vakantiedag(en) in een andere periode kunnen worden opgenomen conform de kaders die de cao daarvoor schept.

2.3 'Overige dagen' en samenloop met andere verlofvormen

Verder spreekt de Cao mbo over 'overige dagen'. Over deze 'overige dagen' is de volgende toelichting in de cao opgenomen: *'Een jaar kent gemiddeld 260 werkbare dagen (52 weken maal 5 dagen). Van deze 260 dagen worden de feestdagen afgehaald, zo blijven de dagen over waarop de werknemer kan werken (1659 uur) en waarop de vakantiedagen worden opgenomen. (...) Een jaar kent meer dagen dan het aantal dagen dat een werknemer vult met het verrichten van werkzaamheden, vakantiedagen en feestdagen. Deze overige dagen zijn dagen waarop de werknemer niet kan worden ingezet voor het verrichten van werkzaamheden, omdat hij zijn jaartaak al heeft gemaakt. Dit betreffen géén vakantiedagen in de zin van het BW en artikel 8.1. Om het verschil tussen deze dagen te duiden is het van belang te weten op welke dagen in het jaar de vakantiedagen van de werknemer zijn vastgesteld. Deze kunnen bijvoorbeeld voor een deel in de zomerperiode vallen en een ander deel in de kerstperiode, of nog weer in een andere periode.'*

In geval van samenloop tussen een dag waarop de werknemer niet kan worden ingezet (de zogenoemde 'overige dagen') en een andere verlofvorm (waaronder zwangerschaps- en bevallingsverlof) is een opname in een andere periode niet aan de orde.[6]

3 Feiten, verzoek partijen en uitspraak

3.1 Feiten

Werkneemster is fulltime als docent LB in dienst bij Stichting Albeda (hierna: Albeda) op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op de arbeidsovereenkomst is de Cao mbo van toepassing verklaard. Op grond van artikel 3:1 Wazo heeft werkneemster in 2022 zwangerschaps- en bevallingsverlof opgenomen. Dit verlof heeft zij verdeeld over twee

tijdvakken, waarbij de eerste verlofperiode liep van 15 mei 2022 tot en met 25 juli 2022 en de tweede verlofperiode van 24 augustus 2022 tot en met 5 oktober 2022. Omdat het zwangerschaps- en bevallingsverlof van werkneemster overlapte met één aangewezen vakantiedag (namelijk 25 juli 2022), is die vakantiedag door Albeda gecompenseerd.[7] Het zwangerschaps- en bevallingsverlof van werkneemster overlapte voorts met dertien ‘overige dagen’,[8] te weten Hemelvaartsdag, een brugdag (de (vrij)dag na Hemelvaartsdag) en de eerste twee weken van de zomervakantie. Voor deze ‘overige dagen’ is werkneemster niet gecompenseerd.

3.2 Gezamenlijk verzoek en standpunten partijen

Partijen hebben de kantonrechter op grond van artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gezamenlijk verzocht een beslissing te geven ten aanzien van de volgende vraagstelling:

(1) Is de regeling van artikel 8.1 lid 10 van de Cao mbo in strijd met artikel 7:646 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) en/of artikel 5 lid 1 sub e Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), en daarmee nietig?

(2) Is het voor de beantwoording van bovenstaande vraag relevant of het gaat om verlof dat ingevolge de Cao mbo als vakantie wordt aangeduid? Als het antwoord op deze vraag ontkennend is, moet dan worden geoordeeld dat ongeacht of in de cao gesproken wordt van vakantie, steeds daar waar sprake is van een vorm van aan de werknemers verstrekt betaald verlof (hoe ook genaamd) uit artikel 7:646 lid 1 BW en/of artikel 5 lid 1 sub e AWGB voortvloeit dat ook dergelijk verlof voor de in artikel 8.1 lid 10 van de cao genoemde compensatie in aanmerking dient te worden gebracht?[9]

Werkneemster is van mening dat zij recht heeft op compensatie van de samenloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof met de dertien ‘overige dagen’ die op grond van de Cao mbo niet als vakantiedagen zijn aangemerkt, maar wel als vrije dagen gelden. Daaraan legt zij ten grondslag dat de Hoge Raad zich, volgens werkneemster, in zijn uitspraak van 6 november 2020 ook heeft uitgelaten over verlofsituaties (inclusief feestdagen) die niet als vakantie worden betiteld, maar daar materieel gezien wel op neerkomen. Daarom moeten werkneemsters aanspraak maken op compensatie van met zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallende wettelijke vakantiedagen, bovenwettelijke vakantiedagen alsook de dertig overige dagen. Met betrekking tot de ‘overige dagen’ meent werkneemster dat deze moeten worden aangemerkt als een recht dat aan de arbeidsovereenkomst van werkneemster is verbonden en dat in het geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof moet worden gewaarborgd.[10] Volgens werkneemster kan compensatie van vakantie- en overige vrije dagen niet plaatsvinden door haar te verplichten deze op te nemen op dagen waarop personeel hoe dan ook al verlof geniet, zoals bijvoorbeeld in de schoolvakanties.

Albeda meent daarentegen dat de Hoge Raad zich in zijn uitspraak van 6 november 2020 alleen heeft uitgelaten over de samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met

vakantie. De overige dagen waarvoor werkneemster compensatie verlangt, zijn volgens Albeda geen vakantiedag[11] en komen daarom niet voor compensatie in aanmerking. Dat een werknemer op de overige dertig dagen niet hoeft te werken, betekent niet dat die dagen dus vakantiedagen zijn. Nu geen sprake is van vakantiedagen, is volgens Albeda ook de uitspraak van de Hoge Raad van 6 november 2020 niet van toepassing.

Omdat volgens partijen de uitspraak van de Hoge Raad van 6 november 2020 tot onduidelijkheid heeft geleid, hebben partijen de kantonrechter gezamenlijk verzocht aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen.

3.3 De uitspraak van de rechtbank Rotterdam

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vraag die in onderhavige procedure voorligt, is of de uitspraak van de Hoge Raad van 6 november 2020 van toepassing is als sprake is van samenloop tussen zwangerschaps- en bevallingsverlof en 'overige dagen'. Volgens de kantonrechter heeft de Hoge Raad zich (nog) niet over die vraag uitgelaten.

Op voorhand oordeelt de kantonrechter dat de 'overige dagen' uit de Cao mbo niet als vakantie ex artikel 7:634 BW kunnen worden aangemerkt. Of een vrijetijdsaanspraak kan worden aangemerkt als vakantie in de zin van artikel 7:634 BW is er namelijk afhankelijk van of deze aanspraak tot doel heeft de werknemer betaald verlof te verschaffen in verband met de werkbelasting die op hem drukt, waarbij het erop aankomt of de vrijetijdsaanspraak op het moment van toekenning is bedoeld om de werknemer in verband met zijn werkbelasting gelegenheid te bieden voor rust en ontspanning.[12] Verder is volgens de kantonrechter van belang dat een bepaling uit een cao moet worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm.[13] Tegen die achtergrond oordeelt de kantonrechter dat niet is gebleken dat de dertig 'overige dagen' aan werkneemster zijn toegekend met als doel om haar in verband met haar werkbelasting gelegenheid te bieden voor rust en ontspanning.[14] Sterker nog: in de Cao mbo is expliciet benoemd dat deze dagen geen vakantiedagen zijn. De kantonrechter concludeert: *'Nu de overige dagen niet als vakantie ex art. 7:634 BW hebben te gelden, resteert de vraag hoe deze dan wel moeten worden gekwalificeerd alsmede of het niet compenseren van deze dagen in geval van samenloop met zwangerschaps- en bevallingsverlof leidt tot verboden onderscheid op grond van geslacht.'*[15]

De kantonrechter gaat over tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Volgens de kantonrechter is aan de voorwaarden van het stellen van prejudiciële vragen ex artikel 392 lid 1 aanhef en sub b Rv voldaan.[16] Beantwoording van de vragen is namelijk nodig om op het verzoek van werkneemster te kunnen beslissen en de vragen spelen in de hele mbo-sector, waarbij niet valt uit te sluiten dat meerdere procedures aanhangig worden gemaakt bij verschillende gerechten.[17] De kantonrechter stelt de volgende prejudiciële vragen:[18]

'1. Is artikel 8.1 lid 10 van de Cao mbo (waaruit volgt dat zwangerschaps- en bevallingsverlof niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met "overige dagen", dat wil zeggen met dagen van de schoolvakanties en andere vrije dagen (zoals feest- en brugdagen) die in de cao niet als vakantie in de zin van artikel 7:634 BW zijn aangeduid) in strijd met artikel 7:646 lid 1 BW en/of artikel 5

lid 1 sub e AWGB (welke bepalingen het maken van onderscheid op grond van – onder meer – geslacht bij de arbeidsvoorwaarden verbieden), en daarmee nietig?

2. Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 nog verschil of de Cao mbo zo wordt uitgelegd dat:

(a) de bedoelde overige dagen moeten worden gelijkgesteld met vakantie in de zin van artikel 7:634 BW;

(b) de bedoelde overige dagen weliswaar geen vakantie in de zin van artikel 7:634 BW zijn (en daarmee ook niet kunnen worden gelijkgesteld), maar wel als een andersoortige vrijetijdsaanspraak moeten worden aangemerkt; of

(c) de bedoelde overige dagen niet als een vrijetijdsaanspraak zijn aan te merken?

3. Aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of een dag waarop een werknemer niet hoeft te werken als een vrijetijdsaanspraak (niet zijnde vakantie in de zin van artikel 7:634 BW) als bedoeld in vraag 2 onder b moet worden aangemerkt?

4. Is de in vraag 2 onder c genoemde variant rechtens mogelijk en toegestaan? Is het, met andere woorden, denkbaar dat de 30 dagen, zoals hiervoor bedoeld in rechtsoverweging 4.3. waarop een werknemer op grond van (collectieve) afspraken inzetbaar is, maar niet hoeft te werken en die in een cao niet nader zijn omschreven, niet als een vrijetijdsaanspraak moeten worden aangemerkt, met als gevolg dat zij arbeidsrechtelijk geen betekenis hebben? En zo ja, welke consequenties heeft de conclusie dat die dagen “geen arbeidsrechtelijke betekenis hebben”?.[19]

4 Rechtspraak over (samenloop van) zwangerschaps- en bevallingsverlof

Net als in de uitspraak van 6 november 2020 van de Hoge Raad is tussen partijen in onderhavige zaak discussie over de vraag of de samenloop tussen het zwangerschaps- en bevallingsverlof en (een vorm van) vrije dagen in het onderwijs moet worden gecompenseerd. In de uitspraak van 6 november 2020 ging het om de samenval van het zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties in het voorgezet onderwijs; in onderhavige uitspraak om de samenval van het zwangerschaps- en bevallingsverlof met ‘overige dagen’ in het middelbaar beroepsonderwijs. Een belangrijk verschil tussen de Cao VO en de Cao mbo is dat de schoolvakanties in de Cao VO als vakantie ex artikel 7:634 BW (lijken te) zijn toegekend, daar waar dat voor wat betreft de ‘overige dagen’ in de Cao mbo minder voor de hand ligt. In die cao is namelijk expliciet opgenomen dat die overige dagen niet zijn toegekend als vakantie. Uit onderhavige uitspraak volgt dat dit laatste de voornaamste reden voor de kantonrechter is geweest om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Voor de beantwoording van die prejudiciële vragen is een aantal uitspraken van belang.

4.1 Het Hof van Justitie EU over (samenloop van) het zwangerschaps- en bevallingsverlof

Uit rechtspraak van het Hof blijkt dat de zwangere werknemster een bijzondere positie heeft.[20] Ook wordt in rechtspraak van het Hof meermaals het doel van zwangerschapsverlof

aangehaald, wat niet alleen de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap inhoudt, maar ook ziet op de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de zwangerschap en bevalling.[21] Met dit doel wordt gegarandeerd dat de werkneemster zich in de weken na de bevalling (volledig) aan haar kind kan wijden. Deze garantie kan haar, behoudens uitzonderingen, niet zomaar worden ontnomen.[22] Ook het beginsel van gelijke behandeling erkent volgens het Hof de wettigheid van de bescherming van de gesteldheid van de vrouw en de bijzondere relatie tussen moeder en kind.[23] Onderscheid op grond van zwangerschap levert daarnaast altijd direct onderscheid op.[24] Een inbreuk hierop is alleen geoorloofd wanneer dit wettelijk is geregeld of wanneer de afwijking het doel van het zwangerschaps- en bevallingsverlof ondersteunt.[25]

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt voorts dat een door het Unierecht gegarandeerd verlof niet kan afdoen aan het recht om een ander door het Unierecht gewaarborgd verlof te nemen, waarvan de doelstelling verschilt van die welke met het eerstgenoemde verlof wordt nagestreefd.[26] Uit de uitspraak *Schultz-Hoff* kan worden afgeleid dat hiermee met name de samenloop tussen het zwangerschaps- en bevallingsverlof en het vakantieverlof wordt bedoeld.[27] Een doorslaggevende uitspraak van het Hof op dit gebied is de *Gomez*-uitspraak. In deze uitspraak viel het zwangerschaps- en bevallingsverlof van een werkneemster samen met een op basis van een bedrijfsakkoord van tevoren vastgestelde periode van vakantie. De werkgever weigerde volgens het Hof onterecht de werkneemster haar vakantie te laten opnemen op een later moment. Het Hof oordeelde dat vrouwen wegens zwangerschap en moederschap niet minder gunstig mogen worden behandeld met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden. Daarbij gaat het om een materiële en niet om een formele gelijkheid.[28]

4.2 Rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het Rpbo

De Hoge Raad heeft niet altijd in lijn met het Hof geoordeeld. In zijn rechtspraak over de samenloop tussen zwangerschaps- en bevallingsverlof en vakantie in het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (Rpbo)[29] kwam de Hoge Raad namelijk meermaals tot een andere conclusie dan het Hof.

Wat stond er in het Rpbo? In artikel I-C2 Rpbo was opgenomen dat de werknemer gedurende de schoolvakanties, dan wel de periode waarin de instelling geen onderwijs verzorgt of examens afneemt, vakantieverlof met behoud van bezoldiging geniet. Het Rpbo kende, anders dan de Cao VO en de Cao mbo, geen regeling met betrekking tot de samenloop van het vakantieverlof met zwangerschaps- en bevallingsverlof. In 2002 oordeelde de Hoge Raad dat de samenval van het zwangerschaps- en bevallingsverlof van een vrouwelijke leerkracht in het primaire onderwijs niet behoefte te worden gecompenseerd. Volgens de Hoge Raad voorzag het Rpbo namelijk niet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen.[30] Het Rpbo bepaalde volgens de Hoge Raad alleen dat het wettelijk vakantieverlof, zoals gegarandeerd in artikel 7:634-7:644 BW, moet worden genoten gedurende de schoolvakanties. En dat (wettelijk) vakantieverlof kon werkneemster in onderhavige uitspraak volgens de Hoge Raad nog eenvoudig in andere schoolvakanties opnemen.[31] Overigens heeft de Hoge Raad zich in deze uitspraak (nog) niet uitgelaten over het beginsel van gelijke behandeling op grond van

geslacht.

Deze lijn zette de Hoge Raad in 2002 en 2004 voort. In die uitspraken werd door werkneemsters wel expliciet aangevoerd dat sprake was van verboden onderscheid. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee, omdat het Rpbo sekseneutraal is geformuleerd. Volgens de Hoge Raad zou mogelijk wel sprake zijn van verboden onderscheid als de werkneemster door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof minder tijd heeft voor niet-lesgebonden werkzaamheden. Of dit daadwerkelijk zo was, moest door het gerechtshof nog worden onderzocht.[32] Opvallend is dat de uitspraak uit 2004 ruim een maand na de *Gomez*-uitspraak van het Hof is geweest.[33] Diverse auteurs hebben daarom hun kritiek op deze uitspraken geuit. Zo meenden bijvoorbeeld Burri & Konijn, maar ook Heerma Van Voss en Van Hassel, dat de rechtspraak van de Hoge Raad afwijkt van de rechtspraak van het Hof. [34] Ondanks deze kritiek in de literatuur oordeelde de Hoge Raad in 2007 niet anders.[35]

4.3 De Hoge Raad op 6 november 2020

In 2020 deed de Hoge Raad afstand van zijn eerdere jurisprudentie toen de Hoge Raad zich moest uitlaten over de situatie waarin de met het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallende meivakantie van een werkneemster in het voortgezet onderwijs niet werd gecompenseerd. In de uitspraak van 6 november 2020 oordeelde de Hoge Raad dat bepaling 14.1 lid 7 van de Cao VO (versie 2018-2019) – die bepaalde dat een werkneemster bij samenvallende van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof met een van de (school)vakanties buiten de zomervakantie niet zou worden gecompenseerd – in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Volgens de Hoge Raad werd met deze bepaling verboden onderscheid gemaakt, omdat vrouwen door deze bepaling in een minder gunstige positie verkeerden met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden dan hun mannelijke collega's. Voor mannelijke collega's speelt deze bepaling immers geen rol.[36]

Net als in onderhavige zaak bestond tussen partijen discussie over de kwalificatie van de vrije dagen:[37] zijn dit vakantiedagen in de zin van artikel 7:634 BW of zijn dit perioden waarin vakantiedagen moeten worden opgenomen?[38] De Hoge Raad laat een kwalificatie in het midden en oordeelt dat het geen verschil maakt of uit de Cao VO moet worden afgeleid of de aangewezen onderwijsvrije perioden als vakantie moeten worden beschouwd of als dagen waarin het wettelijk minimum kan worden opgenomen.[39] In beide gevallen is de zwangere werkneemster hoe dan ook nadeliger uit dan haar mannelijke collega, omdat de werkneemster bij zwangerschaps- of bevallingsverlof – afhankelijk van de interpretatie van de Cao-VO – of minder keuzevrijheid heeft voor het inplannen van niet-lesgebonden werkzaamheden of minder regulier vakantieverlof geniet.[40]

5 Wat betekent deze rechtspraak voor onderhavige zaak?

In onderhavige uitspraak vraagt de kantonrechter de Hoge Raad aan de hand van prejudiciële vragen onder andere of artikel 8.1 lid 10 van de Cao mbo in strijd is met artikel 7:646 lid 1 BW en/of artikel 5 lid 1 sub e AWGB en of het voor de beantwoording van die vraag nog verschil maakt of de Cao mbo zo wordt uitgelegd dat de bedoelde overige dagen moeten worden

gelijkgesteld met vakantie in de zin van artikel 7:634 BW, de bedoelde overige dagen weliswaar geen vakantie in de zin van artikel 7:634 BW zijn (en daarmee ook niet kunnen worden gelijkgesteld), maar wel als een andersoortige vrijetijdsaanspraak moeten worden aangemerkt of de bedoelde overige dagen niet als een vrijetijdsaanspraak zijn aan te merken. Alhoewel de hierboven besproken uitspraken vooral in de situatie dat het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met vakantieverlof zijn geweest, kunnen deze uitspraken mijns inziens toch worden toegepast op de 'overige dagen' uit onderhavige zaak. Dit licht ik als volgt toe.

5.1 Uit de rechtspraak af te leiden uitgangspunten

Uit de hierboven besproken uitspraken kunnen de volgende uitgangspunten worden afgeleid:

- (a) De zwangere werknemster geniet een bijzondere bescherming.
- (b) Het beginsel van gelijke behandeling erkent de wettigheid van het doel van het zwangerschaps- en bevallingsverlof.
- (c) Onderscheid op grond van zwangerschap is altijd directe discriminatie.
- (d) Vrouwen mogen wegens zwangerschap en moederschap niet minder gunstig worden behandeld met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden.
- (e) Het gaat hier om een materiële en niet om een formele gelijkheid.
- (f) Samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof en vakantieverlof levert hoe dan ook verboden onderscheid op, als de werkgever deze samenloop niet compenseert.
- (g) Als de werknemster door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof minder tijd heeft voor niet-lesgebonden werkzaamheden levert dit ook verboden onderscheid op.

De 'overige dagen' uit de Cao mbo kunnen grotendeels worden opgedeeld in drie categorieën, te weten (1) dagen waarop werknemers niet hoeven te werken wegens samenval met schoolvakanties en het volbrengen van de normjaartaak, (2) dagen waarop werknemers niet hoeven te werken wegens feestdagen en (3) dagen waarvan Albeda bepaalt dat niet hoeft te worden gewerkt (zoals een brugdag).

5.2 Overige dagen uit categorie 1 en 3

Voor wat betreft de 'overige dagen' uit categorie 1 en 3 lijkt mij op basis van bovenstaande uitgangspunten hoe dan ook aannemelijk dat deze bij samenloop met het zwangerschaps- en bevallingsverlof moeten worden gecompenseerd. Anders dan Albeda meen ik namelijk dat de Hoge Raad zich in de uitspraak van 6 november 2020 niet alleen heeft uitgelaten over samenloop met vakantiedagen. In rechtsoverweging 2.9.4 oordeelt de Hoge Raad dat ook

wanneer in de schoolvakantieperiodes niet-lesgebonden werkzaamheden moeten worden verricht, een werkneemster minder keuzevrijheid heeft voor het inplannen van die werkzaamheden, hetgeen een materiële ongelijkheid oplevert. De Hoge Raad lijkt, net als het Hof, die materiële ongelijkheid centraal te stellen. En die materiële ongelijkheid vindt naar mijn mening ook plaats wanneer de ‘overige dagen’ waarop de werknemer niet hoeft te werken wegens schoolvakanties of wegens het feit dat Albeda heeft bepaald dat deze niet hoeven te worden gewerkt niet worden gecompenseerd. Indien werkneemster niet met zwangerschaps- en bevallingsverlof was geweest, had zij tenslotte ook recht gehad op deze overige (vrije) dagen.

5.3 Overige (feest)dagen uit categorie 2

De resterende ‘overige dagen’ zien op feestdagen (categorie 2). Ten aanzien van deze dagen kunnen de oordelen van het College van de Rechten van de Mens (CRvM) omtrent het niet verlenen van compensatie voor erkende feestdagen die op roostervrije dagen vallen wellicht aanknopingspunten bieden.[41] In het oordeel van 1 november 2021 oordeelde het CRvM bijvoorbeeld dat een huisartsenpraktijk verboden onderscheid had gemaakt op grond van arbeidsduur door er geen rekening mee te houden dat een werkneemster, gelet op het aantal uren dat zij werkt, ten opzichte van haar collega’s minder vaak vrij was op feestdagen. Volgens het CRvM stond vast dat werkneemster in die zaak in verhouding tot het aantal uren dat zij werkte minder uren vrij had gehad dan haar collega’s die naar rato meer vrije uren hadden genoten omdat zij wel normaliter op dagen werkten die met de feestdagen samenvielen.

Ook in onderhavige zaak heeft werkneemster door samenvval van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof met (een aantal) feestdagen materieel gezien naar rato minder vrije dagen genoten dan haar mannelijke collega’s. Wordt het zwangerschaps- en bevallingsverlof van werkneemster weggedacht, dan had werkneemster de feestdagen die met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvielen als vrije dagen genoten. Door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft werkneemster dus minder vrije dagen dan haar mannelijke collega’s. Die ongelijkheid moet mijns inziens volgens de eerder besproken rechtspraak dan ook worden gecompenseerd.

5.4 Materiële gelijkheid met betrekking tot arbeidsvoorwaarden

Daar komt bij dat de eerder besproken materiële gelijkheid volgens het Hof moet worden gewaarborgd met betrekking tot *arbeidsvoorwaarden*. Vakantie is een van de arbeidsvoorwaarden die gerespecteerd moet worden in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof van een werkneemster, maar niet de enige arbeidsvoorwaarde. Het niet hoeven werken door werknemers in het onderwijs op doordeweekse dagen in de schoolvakanties of op dagen waarvan de onderwijsinstelling heeft bepaald dat deze niet worden gewerkt lijkt mij, zeker wanneer dit al jarenlang zo wordt uitgevoerd, een arbeidsvoorwaarde. Al is het alleen maar doordat deze dagen (ook) expliciet in de Cao mbo zijn opgenomen als zijnde ‘overige dagen’ waarop de werknemer niet hoeft te werken. Nu de ‘overige dagen’ uit de Cao mbo naar alle waarschijnlijkheid arbeidsvoorwaarden zijn, moet het

samenvallen van het zwangerschaps- en bevallingsverlof conform de rechtspraak van het Hof om die reden ook worden gecompenseerd.

6 Conclusie

Dit brengt mij tot de conclusie. Het is goed dat de kantonrechter vragen heeft gesteld aan de Hoge Raad over dit fundamentele onderwerp. Het zwangerschaps- en bevallingsverlof dient immers bijzonder te worden beschermd. Een gewenste beantwoording van de eerste twee prejudiciële vragen zou zijn dat artikel 8.1 lid 10 van de Cao mbo – welk artikel bepaalt dat samenloop tussen zwangerschaps- en bevallingsverlof en ‘overige dagen’ niet wordt gecompenseerd – in strijd is met artikel 7:646 lid 1 BW en/of artikel 5 lid 1 sub e AWGB. Ik meen dat het voor de beantwoording van die vraag geen verschil maakt of de Cao mbo zo wordt uitgelegd dat de bedoelde overige dagen moeten worden gelijkgesteld met vakantie in de zin van artikel 7:634 BW, de bedoelde overige dagen weliswaar geen vakantie in de zin van artikel 7:634 BW zijn (en daarmee ook niet kunnen worden gelijkgesteld), maar wel als een andersoortige vrijetijdsaanspraak moeten worden aangemerkt of de bedoelde overige dagen niet als een vrijetijdsaanspraak zijn aan te merken. Dit sluit immers het meest aan bij de uitspraak van 6 november 2020 van de Hoge Raad en de jurisprudentie van het Hof.

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

[2] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1748.

[3] Artikel 7:646 lid 1 BW en/of artikel 5 lid 1 sub e AWGB.

[4] In deze annotatie wordt hoofdzakelijk ingegaan op de vraag of het niet compenseren van de samenloop tussen zwangerschaps- en bevallingsverlof en de overige dagen discriminatie op grond van geslacht oplevert en niet op de vraag wanneer een vrijetijdsaanspraak als vakantie heeft te gelden. Zie voor deze laatste vraag ook het artikel dat G.W. (Gerdien) van der Voet en ik schreven naar aanleiding van de uitspraken d.d. 9 juni 2023 van de Hoge Raad: S.A. Slootweg & G.W. van der Voet, “Vakantievoer” van de Hoge Raad’, *TAP* 2023/6.

[5] Indirect volgt uit dit artikellid dus dat enkel samenval met dagen die als vakantie kunnen worden aangemerkt worden gecompenseerd en dagen die niet kunnen worden aangemerkt als vakantie *niet* worden gecompenseerd, zoals de ‘overige dagen’ in de Cao mbo .

[6] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 2.2-2.3. Zie ook Cao mbo 2023-2024, p. 87.

[7] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 2.1 en 2.6-2.7.

[8] Dertig dagen per jaar waarop werknemers niet hoeven te werken, omdat deze (grotendeels) samenvallen met schoolvakanties, feestdagen en dagen waarvan Albeda bepaalt dat niet hoeft te worden gewerkt.

[9] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 3.1.

- [10] Zij verwijst daarvoor naar artikel 11, punt 2 sub a Richtlijn 92/85/EEG (Zwangerschapsrichtlijn); HvJ EU 18 maart 2004, C-342/01, ECLI:EU:C:2004:160 (*Gomez*), punt 34.
- [11] Zij verwijst daarvoor naar HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816.
- [12] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 4.13; HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816.
- [13] HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687.
- [14] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 4.14.
- [15] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 4.14.
- [16] Antwoord op de vraag is nodig om op de vordering te beslissen en is rechtstreeks van belang voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.
- [17] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 4.15-4.17.
- [18] Rb. Rotterdam 12 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:343, r.o. 5.1.
- [19] Vraag 3 en 4 zullen in deze annotatie verder voor een groot deel buiten beschouwing worden gelaten.
- [20] HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, ECLI:EU:C:1998:506 (*Boyle*), punt 40.
- [21] HvJ EG 12 juli 1984, C-184/83, ECLI:EU:C:1984:273 (*Hofmann*), punt 25; HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, ECLI:EU:C:1998:178 (*Thibault*), punt 25; HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, ECLI:EU:C:1998:506 (*Boyle*), punt 41.
- [22] HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, ECLI:EU:C:1998:506 (*Boyle*), punt 61.
- [23] HvJ EG 12 juli 1984, C-184/83, ECLI:EU:C:1984:273 (*Hofmann*); HvJ EG 5 mei 1994, C-421/92, (*Habermann-Beltermann*); HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300 (*Webb*), punt 20; HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, ECLI:EU:C:1998:331 (*Brown*), punt 17.
- [24] HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, ECLI:EU:C:1998:178 (*Thibault*), punt 32.
- [25] HvJ EG 12 juli 1984, C-184/83, ECLI:EU:C:1984:273 (*Hofmann*), punt 25. Overigens is in de rechtspraak van het Hof ook een andere lijn te vinden, waarin zwangerschapsdiscriminatie 'eenvoudiger' wordt gerechtvaardigd. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, ECLI:EU:C:1998:331 (*Brown*), HvJ EG 8 september 2005, C-191/03, ECLI:EU:C:2005:513 (*Mckenna*); HvJ EU 14 juli 2016, C-335/15, ECLI:EU:C:2016:564 (*Ornano*). In deze lijn lijkt het met name te gaan over het verband tussen zwangerschap en arbeidsvoorwaarden dat niet daadwerkelijk arbeid wordt verricht vanwege ziekte of zwangerschapsverlof.

[26] HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01, ECLI:EU:C:2004:160 (*Gomez*), punten 32 en 33; HvJ EG 4 juni 2006, C-588/18, ECLI:EU:C:2020:420, punt 40; HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*), punt 26.

[27] HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*), punt 26.

[28] HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01, ECLI:EU:C:2004:160 (*Gomez*), punten 37-39; zie ook HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, ECLI:EU:C:1998:178 (*Thibault*), punt 26.

[29] Leraren werkzaam in het primair onderwijs worden aangesteld op grond van de Wet primair onderwijs (WPO). De WPO bepaalt dat voor leraren werkzaam in het basisonderwijs bij of krachtens AMvB voorschriften kunnen worden vastgesteld. Tot en met 2003 was dit het Rpbo.

[30] Tot zo'n zelfde oordeel was ook de Centrale Raad van Beroep gekomen in een andere onderwijszaak. Zie CRvB 17 mei 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AB2690.

[31] HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2182 (*Christelijk Basisonderwijs Wunseradiel/X*), r.o. 3.2.2 en 3.3.

[32] HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2184 (*Dekker/ROC I*), r.o. 3.1-3.4, 3.6.3, 3.7-3.9; HR 23 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2780 (*Van der Kloet/Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs Apeldoorn*), r.o. 3.2, 3.8 en 3.12.

[33] HR 23 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2780 (*Van der Kloet/Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs Apeldoorn*), r.o. 3.10.

[34] S. Burri & Y. Konijn, 'Samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof en vakantie in het onderwijs', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002, afl. 3, p. 84-85; HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2184 (*Dekker/ROC I*), NJ 2004/22, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, par. 6; F.A. van Hassel, 'Zwangerschaps- en vakantieverlof in (bijzonder) onderwijsland', *School en Wet* 2003, p. 13.

[35] HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3084 (*Dekker/ROC II*), r.o. 5.5.

[36] Daar waar dit in artikel I-C2 Rpbo nog wel het geval was, omdat daar werd gesproken over het opnemen van (een niet nader in het Rpbo toegekend recht op) vakantieverlof voor alle werknemers en waar geen regeling was getroffen voor compensatie in het geval dit voor de werkneemster samenviel met het zwangerschaps- en bevallingsverlof. Bepaling 14.1 lid 7 uit de Cao VO ziet wel op de samenloop van het zwangerschapsverlof en de schoolvakanties. Dit is dus een bepaling die uitsluitend voor werkneemsters geldt, waardoor geen sprake meer kan zijn van een sekseneutrale bepaling. Zie HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1748, r.o. 2.9.5; Concl. A-G De Bock 18 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:889, punt 3.13-3.18.

[37] Welke in casu in een schoolvakantie vielen.

[38] Rb. Den Haag 4 mei 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4429, r.o. 3.3.

[39] Dit laatste acht de Hoge Raad wel minder voor de hand liggend.

[40] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1748, r.o. 2.9.4.

[41] O.a. CRvM 1 november 2021, oordeel 2021-130; CRvM 26 april 2012, oordeel 2012-75.