

## RECHTSPRAAK

Werkneemster was van 21 augustus 2000 tot en met 31 december 2001 werkzaam bij Lucas als leerkracht basisonderwijs. Vanaf 1 januari 2002 is zij werkzaam bij Laurentius in dezelfde functie. Werkneemster heeft een arbeidsovereenkomst met een deeltijdfactor van 0,6293 fte. Tot 1 januari 2004 was werkneemster naast haar werkzaamheden voor Lucas en Laurentius tevens werkzaam als zelfstandige. Gegeven de (neven)werkzaamheden als zelfstandige, was werkneemster, als gevolg van de inwerkingtreding met ingang van 1 januari 2000 van art. 3d van de thans - sedert 1 januari 2006 - vervallen Ziekenfondswet, verplicht verzekerd voor ziektekosten bij een ziekenfonds, nu haar relevante totale inkomen als zelfstandige onder de inkomensgrens voor zelfstandigen van de Ziekenfondswet bleef. Als zelfstandige diende werkneemster de totale premie Ziekenfondswet, derhalve het werknemersdeel en het werkgeversdeel, te voldoen. Bij Lucas en Laurentius was, gedurende de hier relevante periode, van toepassing het Besluit tegemoetkoming ziektekosten en inkomenstoeslag onderwijs- en onderzoekspersoneel (ZKOO). Deze tegemoetkoming heeft werkneemster niet ontvangen, omdat degenen die zelfstandig verplicht verzekerd waren krachtens de Ziekenfondswet van deze regeling waren uitgesloten. Per 1 april 2004 is de ZKOO aangepast en ontvangen zelfstandigen voortaan ook een tegemoetkoming. Werkneemster vordert over de periode 2000 - 2004 alsnog een tegemoetkoming conform ZKOO. Zij grond haar vordering op het gelijkheidsbeginsel. De rechtbank heeft de vordering van werkneemster afgewezen. Volgens de rechtbank was geen sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel omdat er geen sprake was van 'gelijke gevallen'.

Het hof oordeelt als volgt. Beantwoording van vragen in het kader van gelijke behandeling, waarbij het, zoals ook in het onderhavige geval, niet gaat om een onderscheid dat door de wet of een rechtsreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden (het gaat hier bijvoorbeeld niet om ongelijke behandeling op grond van persoonsgebonden kenmerken), vindt in de regel plaats aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van artikel 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in artikel 6:2 en 6:248 BW, voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden. Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap voor een dergelijk geval inhouden, moet het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, "in aanmerking te worden genomen". Dit een en ander betekent dat dit beginsel - waaraan, gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als artikel 26 IVBPR en artikel 7 IVESCR, een zwaar gewicht kan worden toegekend- niet doorslaggevend is, maar dat het naast andere omstandigheden van het geval moet worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Het hof

neemt hier voorts als uitgangspunt het door A-G Keus in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 2005, *JAR* 2005/272 (Kessler/Kesbeke) uit het Agfa-arrest (Hoge Raad 8 april 1994, *NJ* 1994/704) en het Parallel Entry-arrest (Hoge Raad 30 januari 2004, *NJ* 2008/536), ontwikkelde toetsingsmodel:

Het toetsingskader wordt gevormd door de eisen van goed werkgeverschap ingevolge artikel 7:611 BW.

De vermeende schending van het beginsel dat gelijke arbeid, behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond, gelijk dient te worden beloond, zal binnen dat kader, naast de andere omstandigheden van het geval, moeten worden beoordeeld.

Alleen indien sprake is van een ongelijke beloning zonder objectieve rechtvaardigingsgrond welke ongelijkheid mede gelet op de overige omstandigheden van het geval als onaanvaardbaar moet worden beschouwd, is van een ontoelaatbare en met de norm van artikel 7:611 BW strijdige ongelijkheid sprake. De in dit verband te verrichten toetsing is van gelijke aard als die welke bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW plaatsvindt, althans voor zover een overeengekomen ongelijkheid in beloning aan de orde is.

Het hof komt tot de slotsom dat de desbetreffende ongelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Daartoe acht het hof van belang dat werkneemster krachtens de Ziekenfondswet verplicht was verzekerd, haar collega's - waarmee zij zich vergelijkt - waren dat niet; de aanpassing van de Ziekenfondswet met beperkte terugwerkende kracht is tot stand gekomen na overleg met de minister OCW en betrokken vakverenigingen; en niet is aangetoond dat werkneemster ook daadwerkelijk minder aan beloning overhield, ondanks de hogere premielasten.

Volgt bekrachtiging oordeel rechtbank.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-04-2009

**ECLI:** ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3564

**Zaaknummer:** 105.005.478/01

**Wetsartikelen:** 7:611 BW