

Beperking pensioenopbouw tijdens periode van zwangerschapsverlof in strijd met EG-recht?

HvJ EG 27-10-1998, ECLI:NL:XX:1998:AD2954, m.nt. mr. W.P.M.Thijssen

Instantie	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Datum	27 oktober 1998
Zaaknummer	C-411/96
Noot	mr. W.P.M.Thijssen
LJN	AD2954
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht
Brondocumenten	ECLI:NL:XX:1998:AD2954, Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 27-10-1998;

Essentie

Beperking pensioenopbouw tijdens periode van zwangerschapsverlof in strijd met EG-recht?

Samenvatting

Beperking pensioenopbouw tijdens periode van zwangerschapsverlof in strijd met EG-recht; prejudiciële vragen; geen afdwingbaarheid naar Nederlands recht.

Uitspraak

In zaak C-411/96,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van het Industrial Tribunal, Manchester (Verenigd Koninkrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen M. Boyle e.a.

en

Equal Opportunities Commission, om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 119 EG-Verdrag, richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45, blz. 19), richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en

vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40), en richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB L 348, blz. 1), wijst het Hof van Justitie, samengesteld als volgt: G.C. Rodríguez Iglesias, president, P.J.G. Kapteyn (rapporteur), J.-P. Puissochet en P. Jann, kamerpresidenten, C. Gulmann, J.L. Murray, D.A.O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón, M. Wat-helet en R. Schintgen, rechters, advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer; griffier: L. Hewlett, administrateur; gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door: M. Boyle e.a., vertegenwoordigd door D. Rose, Barrister, geïnstrueerd door A. Eddy, Solicitor, de Equal Opportunities Commission, vertegenwoordigd door P. Duffy, QC, geïnstrueerd door A. Lakin, Solicitor, de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door L. Ni-coll van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde, bijgestaan door E. Sharpston, Barrister, de Ierse regering, vertegenwoordigd door M.A. Buckley, Chief State Solicitor, als gemachtigde, bijgestaan door N. Hyland, Barrister-at-law, de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Wolfcarius en C. O'Reilly, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, gezien het rapport ter terechtzitting, gehoord de mondelinge opmerkingen van M. Boyle e.a., vertegenwoordigd door D. Rose, de Equal Opportunities Commission, vertegenwoordigd door P. Duffy, de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J.E. Collins, Assistent Treasury Solicitor, als gemachtigde, en E. Sharpston, de Ierse regering, vertegenwoordigd door B. Lenihan, SC, en N. Hyland, de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer, Oberrat in im Bundeskanzleramt, als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door M. Wolfcarius en C. O'Reilly, ter terechtzitting van 13 januari 1998, gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 februari 1998, het navolgende arrest.

ARREST

1. Bij beschikking van 15 oktober 1996, ingekomen bij het Hof op 23 december daaraanvolgend, heeft het Industrial Tribunal, Manchester, krachtens artikel 177 EG-Verdrag het Hof vijf vragen gesteld over de uitlegging van artikel 119 EG-Verdrag, richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45, blz. 19), richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40), en richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB L 348, blz. 1).

2. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen M. Boyle en vijf anderen enerzijds en hun werkgeefster, de Equal Opportunities Commission (hierna 'EOC'), anderzijds, betreffende het door deze op haar personeel toegepaste Maternity Scheme (zwangerschapsregeling). Volgens de nationale rechter staat vast, dat de EOC, wat de vraag betreft of de in geding zijnde richtlijnen jegens haar rechtstreekse werking hebben, een overheidsorgaan is.

De nationale wettelijke regeling

3. In het Verenigd Koninkrijk verleent de Employment Rights Act 1996 werkneemsters een algemeen recht op zwangerschapsverlof. Ingevolge artikel 72 van deze wet begint dit verlof op de eerste van de beide navolgende data: de datum die door de werkneemster aan haar werkgever is medegedeeld als de datum waarop zij de periode van afwezigheid van het werk wil laten ingaan, dan wel de eerste dag na het begin van de zesde week voor de week waarin de bevalling wordt verwacht, waarop de werkneemster wegens haar zwangerschap geheel of gedeeltelijk van haar werk afwezig is.

4. Artikel 73, lid 1, van deze wet bepaalt, dat het zwangerschapsverlof vanaf de aanvang veertien weken duurt, of tot de bevalling, indien deze later plaatsvindt. Binnen twee weken na de datum van bevalling mag de werkneemster in geen geval werken.

5. Ingevolge de artikelen 79 tot en met 85 van de wet heeft de werkneemster die gebruik maakt van het algemeen recht op zwangerschapsverlof en aan het begin van de elfde week voorafgaand aan de week waarin de bevalling wordt verwacht ten minste twee jaar ononderbroken in dienst is geweest, bovendien het recht om het werk bij haar werkgever te hervatten op enig tijdstip in de negenentwintig weken volgend op het begin van de week waarin de bevalling heeft plaatsgehad.

6. Volgens artikel 164 van de Social Security Contributions Benefits Acts 1992 heeft de zwangere werkneemster die gedurende een aaneengesloten periode van ten minste zesentwintig weken, eindigend met de week onmiddellijk voorafgaand aan de veertiende week vóór de week waarin de bevalling wordt verwacht, heeft gewerkt en wier loon hoger is dan een bepaald minimum, recht op een door haar werkgever te betalen 'statutory maternity pay' (hierna: 'SMP'), indien zij in verband met haar zwangerschap of bevalling geheel of gedeeltelijk met werken is gestopt.

7. Ingevolge artikel 165, lid 1, van deze wet wordt SMP betaald gedurende ten hoogste achttien weken. Voor vrouwen die gedurende de twee jaar voorafgaande aan de veertiende week vóór de week waarin de bevalling wordt verwacht, ononderbroken werkzaam zijn geweest bij een werkgever die verplicht is aan hen SMP te betalen, bedraagt deze uitkering volgens artikel 166 90% van het normale weekloon gedurende de eerste zes weken en een vast bedrag gedurende de volgende twaalf weken. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding was dit bedrag 54,55 UKL. Vrouwen die niet aan deze eis betreffende de dienstjaren voldoen, ontvangen gedurende achttien weken het vaste bedrag.

8. Verder geven de artikelen 151 tot en met 163 van de Social Security Contributions Benefits Act 1992 arbeidsongeschikte werknemers gedurende ten hoogste achtentwintig weken recht op een door hun werkgever te betalen Statutory Sick Pay (hierna: 'SSP') van 54,55 UKL per week.

Het hoofdgeding

9. De zes verzoeksters in het hoofdgeding zijn in loondienst bij de EOC en in de vruchtbare leeftijd. Zij hebben bij deze werkgever een diensttijd van ten minste een jaar volbracht en zijn niet in dienst als tijdelijke kracht, uitzendkracht of oproepkracht en evenmin voor een bepaalde duur van minder dan twee jaar. Ten minste drie van hen hebben in de afgelopen jaren zwangerschapsverlof opgenomen.

10. Van de arbeidsovereenkomst die de EOC met haar werknemers sluit, maken deel uit het Staff Handbook, dat voor alle werknemers geldt, en het Maternity Scheme, dat is bedoeld voor de vrouwelijke werknemers.

11. Volgens het Staff Handbook hebben werknemers die wegens ziekte arbeidsongeschikt zijn, gedurende ten hoogste zes maanden in een periode van twaalf maanden recht op hun volledig loon. Daarna ontvangen zij gedurende maximaal twaalf maanden in een periode van vier jaar de helft van hun loon. Volgens een andere bepaling wordt bij onbetaald verlof het recht op vakantie evenredig verlaagd.

12. Het Maternity Scheme staat in het hoofdgeding centraal. De betrokkenen hebben bij het Industrial Tribunal Manchester, een vordering ingediend om enkele bepalingen daarvan nietig of niet-toepasselijk

te verklaren wegens discriminatie van werknemers van het vrouwelijk geslacht en dus in strijd met artikel 119 van het Verdrag of de richtlijnen 75/117, 76/207 of 92/85.

13. Volgens een van de bepalingen van het Maternity Scheme heeft elke werkneemster die een diensttijd van ten minste een jaar bij de EOC heeft volbracht en die niet in dienst is als tijdelijke kracht, uitzendkracht of oproepkracht en evenmin voor een bepaalde duur van minder dan twee jaar, recht op drie maanden en één week volledig doorbetaald zwangerschapsverlof gedurende de ononderbroken periode van afwezigheid voor en na de bevalling. Om hiervoor in aanmerking te komen moet de werkneemster echter verklaren, dat zij voornemens is na de bevalling haar werk bij de EOC te hervatten, en moet zij zich ertoe verbinden, indien zij haar werk niet hervat, het over die periode ontvangen loon terug te betalen, uitgezonderd het SMP, waarop zij hoe dan ook recht heeft.

14. Volgens een andere in geding zijnde bepaling van het Maternity Scheme kan de werkneemster die recht heeft op betaald zwangerschapsverlof, bovendien aanspraak maken op onbetaald aanvullend zwangerschapsverlof, op voorwaarde onder meer dat die twee perioden tezamen niet langer duren dan 52 weken.

15. Verder bepaalt het Maternity Scheme, dat wanneer een werkneemster te kennen heeft gegeven haar zwangerschapsverlof te willen doen ingaan in de loop van de periode van zes weken voorafgaand aan de week waarin de bevalling wordt verwacht, zij onmiddellijk voorafgaand aan de datum waarop zij op haar verzoek met zwangerschapsverlof zou gaan, afwezig is wegens gezondheidsproblemen verband houdend met haar zwangerschap en de bevalling plaatsvindt in die periode van afwezigheid wegens ziekte, de aanvangsdatum van het betaald zwangerschapsverlof kan worden vervroegd naar hetzij het begin van de zesde week voorafgaand aan de week waarin de bevalling wordt verwacht, hetzij het begin van de periode van afwezigheid wegens ziekte, indien dit een later tijdstip is.

16. Bovendien wordt volgens het Maternity Scheme geen betaald ziekteverlof verleend, wanneer het betaald zwangerschapsverlof is aangevangen of de werkneemster onbetaald aanvullend zwangerschapsverlof geniet. Bij onbetaald aanvullend zwangerschapsverlof kan zij echter recht hebben op SSP. Wanneer de werkneemster ten minste drie maanden tevoren te kennen geeft, voornemens te zijn haar werk op een bepaalde datum te hervatten, heeft zij vanaf die datum recht op betaald ziekteverlof. Het betaald ziekteverlof na de bevalling doet het zwangerschapsverlof en het onbetaald aanvullend verlof eindigen.

17. Ten slotte bepaalt het Maternity Scheme, dat de werkneemster die geen recht heeft op betaald verlof, de haar toekomstige contractuele rechten en voordelen, uitgezonderd de bezoldiging, gedurende de eerste veertien verlofweken behoudt. Met name blijft zij recht op vakantie opbouwen. Voor de opbouw van pensioenrechten wordt de periode van afwezigheid alleen meegeteld, indien de werkneemster SMP ontvangt.

18. De verwijzende rechter merkt op, dat op grond van vorengenoemde bepalingen werknemers die betaald verlof genieten, van welke aard ook — ziekteverlof en betaald buitengewoon verlof daaronder begrepen, doch zwangerschapsverlof niet —, zich niet ertoe behoeven te verbinden een deel van hun loon terug te betalen indien zij hun werk na de verlofperiode niet hervatten. Ook staat vast, dat veel meer vrouwen dan mannen in de loop van hun carrière onbetaald verlof nemen, voornamelijk omdat zij onbetaald aanvullend zwangerschapsverlof opnemen.

19. Het Industrial Tribunal, Manchester, vraagt zich af, of dergelijke bepalingen verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht en heeft de behandeling van de zaak geschorst om het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

'Is in omstandigheden als in de onderhavige zaken, een van de navolgende bepalingen in strijd met het in het gemeenschapsrecht (in het bijzonder artikel 119 EG-Verdrag, richtlijn 75/117/EEG van de Raad,

richtlijn 76/207/EEG van de Raad of richtlijn 92/95/EEG van de Raad) neergelegde verbod van discriminatie of ongunstige behandeling van werknemers van het vrouwelijk geslacht wegens zwangerschap, bevalling, moederschap en/of daarmee verband houdende ziekte:

1. Een bepaling volgens welke het loon tijdens het zwangerschapsverlof, voor zover dit hoger is dan de Statutory Maternity Pay, alleen wordt doorbetaald indien de vrouw verklaart voornemens te zijn haar werk te hervatten, en zich verbindt dit loon terug te betalen, indien zij na haar zwangerschapsverlof haar werk niet gedurende één maand hervat.
2. Een bepaling volgens welke de aanvangsdatum van het zwangerschapsverlof van een vrouw wier bevalling plaatsvindt tijdens een ziekteverlof dat zij geniet wegens met haar zwangerschap verband houdende gezondheidsproblemen, met terugwerkende kracht kan worden vastgesteld op de laatste van beide navolgende data: zes weken vóór de week waarin de bevalling werd verwacht, of de aanvang van haar ziekteverlof.
3. Een bepaling volgens welke een vrouw tijdens haar zwangerschapsverlof geen ziekteverlof mag nemen wanneer zij om welke reden ook arbeidsongeschikt is, tenzij zij besluit haar werk te hervatten en haar zwangerschapsverlof te beëindigen.
4. Een bepaling volgens welke uitsluitend recht op vakantie wordt opgebouwd gedurende de wettelijke minimumperiode van veertien weken zwangerschapsverlof, doch niet gedurende andere perioden van zwangerschapsverlof.
5. Een bepaling volgens welke pensioenrechten tijdens het zwangerschapsverlof uitsluitend worden opgebouwd gedurende de periode dat de vrouw het betaald zwangerschapsverlof geniet waarop zij contractueel of wettelijk recht heeft, doch niet gedurende perioden van onbetaald zwangerschapsverlof?'

De gemeenschapsbepalingen

20. Artikel 119 van het Verdrag bepaalt, dat de lidstaten 'de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid' moeten verzekeren en handhaven.
21. Volgens artikel 1 van richtlijn 75/117 houdt het in artikel 119 van het Verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning in, dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend, ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning.
22. Richtlijn 76/207 beoogt volgens artikel 1, lid 1, 'de tenuitvoerlegging in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden'.
23. Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:
'Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.'
24. Volgens artikel 2, lid 3, doet de richtlijn evenwel 'geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft'.
25. Artikel 25, lid 1, van de richtlijn luidt:
'De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht.'
26. Richtlijn 92/85 bepaalt in artikel 8 betreffende het zwangerschapsverlof:

'1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de werkneemsters in de zin van artikel 2 recht hebben op een overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken vóór en/of na de bevalling te nemen zwangerschapsverlof van ten minste veertien aaneengesloten weken. 2. Het in lid 1 bedoelde zwangerschapsverlof moet een overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken vóór en/of na de bevalling te nemen verplicht zwangerschapsverlof van ten minste twee weken omvatten.'

27. Met betrekking tot de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst bepaalt artikel 11 van richtlijn 92/85:

'Ten einde de werkneemsters in de zin van artikel 2 te waarborgen dat zij de in dit artikel erkende rechten inzake de bescherming van hun veiligheid en gezondheid kunnen doen gelden, wordt het volgende bepaald:

(...)

2. in het in artikel 8 bedoelde geval moeten worden gewaarborgd:

a. de andere dan de in onderstaand punt b bedoelde rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst van de werkneemsters in de zin van artikel 2;

b. het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering van de werkneemsters in de zin van artikel 2;

3. de in punt 2, onder b, bedoelde uitkering wordt als adequaat beschouwd, wanneer zij een inkomen waarborgt dat gelijk is aan het inkomen dat de betrokken werkneemster zou ontvangen in geval van een onderbreking van haar werkzaamheden om gezondheidsredenen, binnen de grenzen van een eventueel, door de nationale wetten bepaald maximum;

4. de lidstaten hebben de mogelijkheid om aan het in de punten 1 en 2, onder b, bedoelde recht op bezoldiging of uitkering de voorwaarde te verbinden dat de betrokken werkneemster voldoet aan de door de nationale wetgevingen gestelde voorwaarden voor de opening van het recht op deze inkomsten. In deze voorwaarden mag in geen geval worden bepaald dat meer dan twaalf maanden, onmiddellijk voorafgaand aan de vermoedelijke datum van de bevalling, moet zijn gewerkt.'

De vijfde vraag

81. Blijkens de stukken wenst de verwijzende rechter met zijn vijfde vraag te vernemen, of artikel 119 van het Verdrag, zoals uitgewerkt bij richtlijn 75/117, en de richtlijnen 76/207 en 92/95 in de weg staan aan een bepaling van een arbeidsovereenkomst, die in het kader van een geheel door de werkgever gefinancierde bedrijfspensioenregeling de opbouw van pensioenrechten tijdens het zwangerschapsverlof beperkt tot de periode waarin de vrouw een beloning ontvangt uit hoofde van deze arbeidsovereenkomst of de nationale wettelijke regeling.

82. De opbouw van pensioenrechten in het kader van een geheel door de werkgever gefinancierde bedrijfspensioenregeling maakt deel uit van de aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten in de zin van artikel 11, sub 2 a, van richtlijn 92/85.

83. Zoals in punt 69 van dit arrest is opgemerkt, moeten dergelijke rechten overeenkomstig deze bepaling worden gegarandeerd gedurende de periode van ten minste veertien weken zwangerschapsverlof waarop werkneemsters ingevolge artikel 8 van richtlijn 92/85 recht hebben.

84. Weliswaar hebben de lidstaten overeenkomstig artikel 11, sub 4, van richtlijn 92/85 de mogelijkheid om aan het recht op bezoldiging of adequate uitkering de voorwaarde te verbinden dat de betrokken werkneemster aan de door de nationale wetgevingen gestelde voorwaarden voor de opening van het recht op deze inkomsten voldoet, noch deze mogelijkheid bestaat niet voor de aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten in de zin van artikel 11, sub 2a.

85. Voor de opbouw van pensioenrechten in het kader van een bedrijfspensioenregeling tijdens het in

artikel 8 van richtlijn 92/85 bedoelde zwangerschapsverlof mag dus niet als voorwaarde worden gesteld, dat de vrouw gedurende die periode loon uit hoofde van haar arbeidsovereenkomst of de nationale wettelijke regeling ontvangt.

86. Aangezien de in de vijfde prejudiciële vraag bedoelde bepaling in strijd is met richtlijn 92/85, behoeven artikel 119 van het Verdrag, zoals uitgewerkt bij richtlijn 75/117, en richtlijn 76/207 geen uitlegging.

87. Op de vijfde vraag moet derhalve worden geantwoord, dat richtlijn 92/95 in de weg staat aan een bepaling van een arbeidsovereenkomst, die in het kader van een geheel door de werkgever gefinancierde bedrijfspensioenregeling de opbouw van pensioenrechten tijdens het in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde zwangerschapsverlof beperkt tot de periode waarin de vrouw een beloning ontvangt uit hoofde van deze arbeidsovereenkomst of de nationale wettelijke regeling.

Kosten

88. De kosten door de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Ierse en de Oostenrijkse regering, alsook de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

Het Hof van Justitie, uitspraak doende op de door Industrial Tribunal te Manchester bij beschikking van 15 oktober 1996 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1. Artikel 119 EG-Verdrag, artikel 1 van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, en artikel 11 van richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) staan niet in de weg aan een bepaling van een arbeidsovereenkomst, waarin voor de betaling van een beloning tijdens het in artikel 8 van richtlijn 92/85 bedoelde zwangerschapsverlof die hoger is dan de uitkeringen uit hoofde van de nationale wettelijke regeling inzake zwangerschapsverlof, als voorwaarde wordt gesteld, dat de vrouwelijke werknemer zich ertoe moet verbinden, na de bevalling haar werk gedurende ten minste een maand te hervatten, en, indien zij dit niet hervat, het verschil tussen het bedrag van het haar gedurende het zwangerschapsverlofbetaalde loon en deze wettelijke uitkeringen moet terugbetalen.

2. Artikel 8 van richtlijn 92/85 en artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, staan niet in de weg aan een bepaling van een arbeidsovereenkomst, volgens welke een werkneemster die te kennen heeft gegeven dat zij haar zwangerschapsverlof wil laten ingaan in de loop van de zes weken voorafgaand aan de week waarin de bevalling wordt verwacht, die onmiddellijk voorafgaand aan die datum met ziekteverlof is wegens gezondheidsproblemen verband houdend met haar zwangerschap, en tijdens dit ziekteverlof bevalt, verplicht de aanvangsdatum van het betaald zwangerschapsverlof te vervroegen tot het begin van de zesde week voorafgaand aan de week waarin de bevalling werd verwacht, of het begin van het ziekteverlof, indien deze tweede datum na de eerste valt.

3. Een bepaling van een arbeidsovereenkomst die een vrouw verbiedt ziekteverlof op te nemen tijdens

de periode van veertien weken zwangerschapsverlof waarop de vrouwelijke werknemer ten minste recht heeft ingevolge artikel 8, lid 1, van richtlijn 92/85, tenzij zij besluit haar arbeid te hervatten en daarmee het zwangerschapsverlof definitief te beëindigen, is niet verenigbaar met richtlijn 92/85. Daarentegen is een bepaling van een arbeidsovereenkomst die een vrouw verbiedt ziekteverlof op te nemen tijdens een haar door de werkgever toegekend aanvullend zwangerschapsverlof, tenzij zij besluit haar arbeid te hervatten en daarmee het zwangerschapsverlof definitief te beëindigen, wel verenigbaar met de richtlijnen

76/207 en 92/85.

4. De richtlijnen 92/85 en 76/207 staan niet in de weg aan een bepaling van een arbeidsovereenkomst, die de periode waarin recht op vakantie wordt opgebouwd, beperkt tot de periode van veertien weken zwangerschapsverlof waarop vrouwelijke werknemers ingevolge artikel 8 van richtlijn 92/85 ten minste recht hebben, en de opbouw van dit recht opschort tijdens het gehele aanvullende zwangerschapsverlof dat hun door de werkgever wordt toegekend.

5. Richtlijn 92/95 staat in de weg aan een bepaling van een arbeidsovereenkomst, die in het kader van een geheel door de werkgever gefinancierde bedrijfspensioenregeling de opbouw van pensioenrechten tijdens het in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde zwangerschapsverlof beperkt tot de periode waarin de vrouw een beloning ontvangt uit hoofde van deze arbeidsovereenkomst of de nationale wettelijke regeling.

Noot

Auteur: mr. W.P.M.Thijssen

- Met het oog op de gevolgen voor het Nederlandse pensioenrecht van dit arrest van het Hof van Justitie EG in een zaak die op het Verenigd Koninkrijk betrekking had zijn de volgende feiten relevant:
 - aan Boyle c.s. kwam een wettelijk recht op zwangerschapsverlof toe (r.o. 3-5; vergelijk art. 7:629, eerste lid, BW);
 - gedurende de periode van het zwangerschapsverlof bestond voor Boyle c.s. een wettelijk recht op *gedeeltelijke* doorbetaling van het overeengekomen loon (r.o. 6-7; vergelijk art. 29a ZW dat min of meer overeenkomstig de in het Verenigd Koninkrijk geldende wettelijke regeling recht geeft op doorbetaling van het overeengekomen loon tijdens de wettelijke minimumperiode van zwangerschapsverlof (naar Nederlands recht zestien weken) en wel tot de uitkeringsgrens zoals die op grond van de ZW geldt; sc. het maximum dagloon als bedoeld in art. 9, eerste lid, Coördinatiewet Sociale Verzekering);
 - voor Boyle c.s. gold een pensioenregeling volgens een salarisdiensttijdsysteem waarvoor géén werknemersbijdrage was bedongen (dit volgt impliciet uit de vijfde rechtsvraag, zie r.o. 19);
 - tijdens de periode van het zwangerschapsverlof bestond op grond van een bepaling in de arbeidsovereenkomst van eiseressen slechts recht op pensioenopbouw naar evenredigheid van het feitelijk genoten loon (zoals dat op grond van de hiervoor onder b aangeduide wettelijke regeling moest worden doorbetaald) in plaats van het (hogere) overeengekomen loon (ook dit volgt impliciet uit de vijfde rechtsvraag, zie r.o. 19).
- Het hof oordeelde dat Richtlijn 1992/85 van de Raad van de EG van 19 oktober 1992, PbEG 28 november 1992, nr. L 348, blz. 1-8 ('Richtlijn 1992/85'), *in de weg staat* aan de hiervoor onder d bedoelde contractuele beperking van de pensioenopbouw van Boyle c.s. (r.o. 81-87 en het dictum onder

5). Ik merk op dat in het arrest op enkele plaatsen kennelijk abusievelijk wordt verwezen naar 'Richtlijn 1992/55' in plaats van naar Richtlijn 1992/55 (zie voorzover relevant r.o. 81 en 87 en het dictum onder 5). De pensioenopbouw van Boyle c.s. diende tijdens de periode van het wettelijke zwangerschapsverlof te blijven gebaseerd op het *overeengekomen* loon in plaats van het *feitelijk* betaalde (op grond van de wettelijke regeling voor zwangerschapsverlof rechtsgeldig gekorte) loon. Het arrest heeft betekenis voor het Nederlandse pensioenrecht in de situatie waarin:

- a. het overeengekomen loon van een werknemster het maximumuitkeringsloon volgens de ZW tijdens de wettelijke minimumperiode van het zwangerschapsverlof die ten minste overeen dient te komen met de minimumperiode bedoeld in art. 8 van Richtlijn 1992/85 overtreft, en wel voorzover het overeengekomen loon gedurende die periode niet wordt doorbetaald; en/of
- b. voorzover de duur van het wettelijke zwangerschapsverlof de minimumperiode volgens Richtlijn 1992/85 overschrijdt (voor Nederland gaat het om twee weken; zie art. 8, eerste lid, Richtlijn 1992/85 in combinatie met art. 7:629, eerste lid BW en art. 29a, eerste lid, ZW), eveneens voorzover het overeengekomen loon tijdens de periode van de overschrijding niet wordt doorbetaald;
- c. voor de pensioenregeling géén werknemersbijdrage is overeengekomen.

3. In art. 11, tweede lid, onder a, van Richtlijn 1992/85 is met het oog op de bescherming van zwangere werknemers bepaald dat 'de ... rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst ... overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken worden gewaarborgd'. Deze 'waarborgverplichting' richtte zich tot de lidstaten en hield in dat uiterlijk twee jaren na aanneming van Richtlijn 1992/85:

- implementatiewetgeving tot stand moest zijn gebracht; of
- via de sociale partners diende te worden bewerkstelligd dat Richtlijn 1992/85 op basis van overeenkomsten feitelijk in de arbeidsvoorwaarden zou worden geïncorporeerd (met dien verstande dat de lidstaten, ook indien voor deze weg werd gekozen, maatregelen moesten treffen die de nakoming van Richtlijn 1992/85 zouden garanderen).

4. In Nederland is de implementatie van Richtlijn 1992/85 gebaseerd op wetgeving (zie in dit verband art. 7:629, eerste lid, BW en art. 29a ZW). Met het oog op (voortzetting van) de pensioenopbouw tijdens de periode van het wettelijke zwangerschapsverlof is niet in een uitdrukkelijke (materieel) wettelijke regeling voorzien. Een en ander betekent dat een werknemster die in de onder 2 beschreven situatie verkeert, in principe rechten aan het arrest zou moeten kunnen ontleen. Indien haar arbeidsvoorwaarden zouden inhouden dat over het gedeelte van het overeengekomen loon dat tijdens zwangerschapsverlof (rechtsgeldig) niet wordt doorbetaald, óók geen pensioen wordt opgebouwd, zou deze bepaling niet rechtsgeldig moeten zijn. In dit verband rijst de vraag of het arrest van het hof de hiervoor bedoelde werknemster daadwerkelijk een handvat geeft een dergelijke bepaling op basis van Nederlands nationaal recht met succes aan te tasten. Daartoe zou werknemster met een beroep op art. 3:40 BW:

- a. de nietigheid wegens strijd met '*de goede zeden of de openbare orde*' (art. 3:40, eerste lid, BW); of
- b. de vernietigbaarheid wegens strijd met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40, tweede lid, BW; Richtlijn 1992/85 strekt uitsluitend tot bescherming van de werknemster zodat van nietigheid op grond van art. 3:40, tweede lid, BW geen sprake kan zijn) moeten inroepen.

4.1. Van nietigheid van de onder 4 beschreven regeling zou sprake zijn indien deze regeling in strijd is met '*de goede zeden of de openbare orde*'. Is daarvan sprake indien Richtlijn 1992/85 door een werkgever niet zou worden nageleefd ten opzichte van een werknemster? Vooraf merk ik op dat moet worden aangenomen dat Richtlijn 1992/85 geen horizontale werking heeft. Deze richtlijn bevat immers geen bepalingen (en zou deze ook niet kunnen bevatten) die rechtsplichten tussen justitiabelen binnen de lidstaten in het leven te roepen. Richtlijn 1992/85 bevat niet meer dan een 'opdracht' aan de lidstaten

de voorschriften van de richtlijn op de hiervoor onder 3 aangeduide wijze te implementeren. Voor de beantwoording van de opgeworpen vraag is van belang of het hof in r.o. 87 (en punt 5 van het dictum) heeft bedoeld te stellen dat een werkneemster bij gebreke van implementatiewetgeving op het gebied van de pensioenopbouw het door Richtlijn 1992/85 beoogde rechtsgevolg met een direct beroep op art. 119 EG-Verdrag tegen haar werkgever kan invoeren. In dat geval zou de onder 4 beschreven regeling in strijd zijn met de openbare orde en daarom tevens nietig zijn (art. 3:40 BW) omdat art. 119 EG-Verdrag een fundamenteel voorschrift van openbare orde bevat (gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid). Deze redenering gaat echter niet op. Indien de door Richtlijn 1992/85 beoogde effecten door justitiabelen onderling met een beroep op art. 119 EG-Verdrag zouden kunnen worden afgedwongen, zou het hof in r.o. 87 (en punt 5 van het dictum) hebben gesteld dat Richtlijn 1992/85, althans op het gebied van de aanvullende pensioenen, 'overbodig' was en de gestelde rechtsvraag op basis van art. 119 EG-Verdrag hebben beantwoord (vergelijk Hof van Justitie EG 17 mei 1990, *NJ* 1992, 436 inzake Barber). De prejudiciële vraag werd niet op basis van art. 119 EG-Verdrag maar rechtstreeks op basis van Richtlijn 1992/85 beantwoord (zie r.o. 86).

De lezer dient zich te realiseren dat de procedure een verzoekschriftprocedure was waarbij door de Engelse rechter prejudiciële vragen aan het hof werden gesteld (art. 177 EG-Verdrag). Het woord is nu aan de Engelse rechter om naar het recht van het Verenigd Koninkrijk vast te stellen of Richtlijn 1992/85 binnen het Verenigd Koninkrijk horizontale werking heeft. Naar Nederlands recht zou dat niet het geval zijn zodat een Nederlandse werkneemster uiteindelijk geen rechten aan Richtlijn 1992/85 zou kunnen ontleen.

De conclusie is dat het arrest onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een werkneemster om naar Nederlands nationaal recht met succes de nietigheid van een bepaling als hiervoor onder 4 aangeduid in te roepen op grond van art. 3:40, eerste lid, BW.

4.2. Van vernietigbaarheid van de onder 4 bedoelde bepaling zou sprake kunnen zijn indien deze bepaling strijdig zou zijn met een 'dwingende wetsbepaling' (art. 3:40, tweede lid, BW). Richtlijn 1992/85 kan naar Nederlands nationaal recht (evenmin als EG-Richtlijnen in het algemeen) als dwingende wetsbepaling worden aangemerkt. Daarom luidt de conclusie dat de onder 4 aangeduide bepaling ook niet vernietigbaar zou zijn op grond van art. 3:40, tweede lid, BW.

5. Het arrest van het hof is in reikwijdte beperkt tot pensioenregelingen zonder (verplichte) werknemersbijdrage. In dit opzicht sloot het hof aan bij Hof van Justitie EG 13 mei 1986, *Jur.* 1986, blz. 1623-1627, inzake Bilka/Weber. In dat arrest besliste het hof dat art. 119 EG-Verdrag horizontale werking had voorzover het volledig door een werkgever gefinancierde pensioenregelingen betrof. Later werd de reikwijdte van art. 119 EG-Verdrag uitgebreid tot pensioenregelingen met een (verplichte) werknemersbijdrage (zie onder andere hof van Justitie EG 28 september 1994, *Jur.* 1994, blz. 4389-4434 (Franse ed.) inzake Colloroll). De vraag rijst of het arrest van het hof dat het onderwerp van deze noot is, desondanks betekenis heeft voor pensioenregelingen waarvoor een verplichte werknemersbijdrage geldt. Dat is niet zonder meer het geval omdat de beslissing die in het arrest is vevat niet op art. 119 EG-Verdrag berust, maar op Richtlijn 1992/85 (zie r.o. 86).

6. Afsluitend concludeer ik dat het arrest van hof op zichzelf duidelijk maakt dat een bepaling in een arbeidsovereenkomst, die inhoudt dat de pensioenopbouw tijdens de wettelijke minimumperiode voor zwangerschapsverlof die voldoet aan de eis van Richtlijn 1992/85, wordt beperkt naar evenredigheid van de (rechtsgeldige) beperking van doorbetaling van het overeengekomen loon in strijd is met Richtlijn 1992/85. Naar Nederlands nationaal recht kan de nietigheid of de vernietigbaarheid van een dergelijke bepaling echter niet zonder meer met succes worden ingeroepen (vergelijk het redactionele commentaar bij het arrest in *Pen-sioenbrief* 1998, nr. 121).

7. De enige mogelijkheid die rest is in plaats van de werkgever de Nederlandse Staat aansprakelijk te stellen uit hoofde van 'onrechtmatige daad' (art. 6:162 BW/). De stelling zou moeten zijn dat de overheid onrechtmatig ten opzichte van zwangere werkneemsters heeft gehandeld door Richtlijn 1992/85 (voorzover het de pensioenopbouw betreft) niet op de in dit arrest door het hof aangeduide wijze in de Nederlandse wetgeving te implementeren (vergelijk Hof van Justitie EG 9 november 1995, *Jur.* 1995 (Franse ed.), blz. 3843-3873 inzake 'Francovich' en latere jurisprudentie behandeld door L.A.D. Keus, *De post-Francovich-arresten en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht, Aansprakelijkheid en Verzekering* februari 1997, blz. 1-8. Veel kans van slagen heeft een dergelijke procedure overigens in mijn visie niet.

WP.M. Thijssen