



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2002-08-19

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2004). Annotation: Hoge Raad 2002-08-19. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1892-1919. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14800>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14800>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 221**HOGE RAAD**

9 augustus 2002, nr. C01/247HR

(Mrs. R. Herrmann, J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein, P.C. Kop; A-G Langemeijer; m.nt. GHvV onder HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 222)

RvdW 2002, 133

JOL 2002, 440

Compensatie voor leerkrachten in bijzonder onderwijs bij samenvallen van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties? Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel. Toepasselijkheid titel 7:10 BW: minimum vakantieaanspraak. Verboden (indirecte) discriminatie naar geslacht?

Nu een leraar in het bijzonder basisonderwijs werkzaam is op grond van een gewone arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en nu noch art. 7:615 BW noch enige andere wettelijke bepaling zodanige leerkrachten uitzondert van de toepasselijkheid van titel 10 van Boek 7 BW, kunnen voor deze leraren de dwingendrechtelijke bepalingen van titel 7:10 niet opzijgezet worden door bepalingen van het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO). Ook voor een lerares in het bijzonder basisonderwijs geldt derhalve dat de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:636 (oud) BW eraan in de weg staat dat de dagen waarop zij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschaps- of bevallingsverlof, zonder haar instemming kunnen worden aangemerkt als genoten vakantie(verlof); ingevolge art. 7:636 (nieuw) is het zonder meer niet toegestaan zulke dagen aan te merken als genoten vakantie(verlof). Zoals ook de Centrale Raad van Beroep als hoogste bestuursrechter heeft geoordeeld in een zaak aangespannen door een lerares in het openbaar onderwijs, voorziet art. I-C2 lid 1 RpbO niet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen doch slechts in een specifieke regeling dat in bepaalde periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven – te weten gedurende de schoolvakanties – vakantieverlof wordt genoten. Bedoelde bepaling van het RpbO is seksenneutraal. Art. 7:634 BW houdt in dat de werknemer recht heeft op een minimumvakantieaanspraak; van dat recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Gelet op de spreiding en duur van de schoolvakanties is aannemelijk dat de lerares ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, de twintig werkdagen per jaar vakantie waarop zij ingevolge art. 7:634 BW recht heeft, zal kunnen opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. In zoverre is geen sprake van een verboden onderscheid tussen man en vrouw als bedoeld in art. 7:646 BW.

Aangenomen moet worden dat leerkrachten in het basisonderwijs, bij een fulltimewerkweek (ook) tijdens de schoolvakanties (geacht worden te) werken aan niet lesgebonden taken, met name deskundigheidsbevordering. Denkbaar is dat een lerares van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof (gedeeltelijk) samenvalt met (een) schoolvakantie(s), toch een zodanig nadeel ondervindt dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een door art. 7:646 lid 1 juncto lid 5 verboden onderscheid in arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in verband met de door haar (gedeeltelijk) gedurende schoolvakanties genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof gedurende de (resterende) schoolvakanties minder tijd heeft voor haar niet lesgebonden werkzaamheden, met name in het kader van deskundigheidsbevordering, dan haar mannelijke collega's. Aantekening verdient nog dat een dergelijke benadeling op uiteenlopende wijzen kan worden opgeheven zoals uiteengezet in de conclusie van de A-G.

In deze zaak heeft een in het bijzonder basisonderwijs werkzame lerares een verklaring voor recht gevorderd dat de dagen van de schoolvakantie die met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen niet als genoten vakantieverlof behoren te worden aangemerkt en dat zij het recht heeft die dagen alsnog op te nemen buiten de schoolvakanties. Aan haar vorderingen heeft de lerares primair ten grondslag gelegd dat ingevolge art. 7:636 (oud) juncto 7:645 (oud) BW de dagen waarop zij zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten niet zonder haar instemming door haar werkgeefster (de Stichting) mogen worden aangemerkt als vakantieverlof. Subsidiar heeft zij aangevoerd dat de Stichting, door het ontbreken van compensatie, in haar arbeidsvoorwaarden een door art. 7:646 (oud) BW verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt. Het ontbreken van compensatie raakt alleen vrouwelijke, geen mannelijke leerkrachten. De Stichting heeft met betrekking tot de primaire grondslag van de vordering als verweer aangevoerd dat art. 1-C2 Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO) niet inhoudt dat aan de lerares een bepaald aantal vakantieverlofdagen per jaar toekomt. Nu over vakantieverlofdagen tussen partijen niets is overeengekomen, wordt het aantal vakantieverlofdagen waarop de lerares aanspraak heeft bepaald, aldus de Stichting, door het wettelijk minimum van art. 7:634 BW. De twaalf weken schoolvakantie bieden, ook na aftrek van de zes weken waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met een schoolvakantie, voldoende ruimte voor de lerares om de vier weken vakantieverlof op te nemen waarop art. 7:634 BW haar recht geeft. Met betrekking tot de subsidiaire grondslag van de vordering heeft de Stichting betwist dat er sprake is van een verboden onderscheid. De Rechtbank heeft in hoger beroep de vorderingen toewijsbaar geoordeeld op de primaire grondslag en ten overvloede geoordeeld dat de vorderingen ook op

de subsidiaire grondslag toewijsbaar zijn. Hiertegen keert zich het middel. De Stichting betoogt in cassatie onder meer dat de regels van het RpbO ten aanzien van de vakantieaanspraak van leraren prevaleren boven de regels in het BW. Voorts klaagt zij erover dat de Rechtbank heeft miskend dat het RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt en/of niet het aantal vakantiedagen garandeert. Ten slotte heeft de Stichting ook klachten gericht tegen de overwegingen ten overvloede.

Vooropgesteld moet worden dat Titel II, afdeling 1, Wet op het primair onderwijs regels stelt voor het openbaar basisonderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder basisonderwijs. De rechtspositie van leraren in het openbaar basisonderwijs wordt rechtstreeks beheerst door het RpbO. Voor het bijzonder basisonderwijs is het bevoegd gezag een rechtspersoon als bedoeld in art. 55 WPO. In dit geval is dat de Stichting. De rechtspositie van leraren in het bijzonder basisonderwijs wordt niet rechtstreeks, maar indirect beheerst door het RpbO. Ingevolge art. 59 WPO moet de akte van benoeming van een leraar in het bijzonder basisonderwijs tenminste bepalingen bevatten van gelijke inhoud als vastgesteld in het RpbO. Aldus wordt gewaarborgd dat de rechtspositie van leraren in het bijzonder basisonderwijs niet minder is dan die van leraren in het openbaar basisonderwijs. Nu een leraar in het bijzonder basisonderwijs werkzaam is op grond van een gewone arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en nu noch art. 7:615 BW noch enige andere wettelijk bepaling zodanige leerkrachten uitzondert van de toepasselijkheid van titel 10 van Boek 7 BW, brengt dit mee dat voor deze leraren de dwingendrechtelijke bepalingen van titel 7.10 niet opzijgezet kunnen worden door bepalingen van het RpbO. Dat geldt dus ook voor de dwingendrechtelijke bepalingen van de art. 7:634-644 BW inzake vakantie en verlof. Ook voor een lerares in het bijzonder basisonderwijs geldt derhalve dat de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:636 (oud) BW eraan in de weg staat dat de dagen waarop zij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschaps- of bevallingsverlof, zonder haar instemming kunnen worden aangemerkt als genoten vakantie(verlof). Opmerking verdient nog dat het ingevolge het bij de wetten van 30 november 2000, Stb. 545 en 546, gewijzigde en op 1 februari 2001 in werking getreden art. 7:636 (nieuw) zonder meer niet is toegestaan zulke dagen aan te merken als genoten vakantie(verlof).

Aangenomen moet worden dat, zoals ook de Centrale Raad van Beroep als hoogste bestuursrechter in een door een lerares, werkzaam in het openbaar onderwijs, aangespannen zaak heeft geoordeeld (CRvB 17 mei 2001, JB 2001, 217), art. 1-C2 lid 1 RpbO niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. Deze bepaling voorziet slechts in een specifieke, los van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven – te weten: gedurende de schoolvakanties – vakantieverlof wordt genoten. Opmer-

king verdient nog dat, hoewel art. I-C2 RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt, dit niet tot gevolg heeft dat de lerares geen recht heeft op een bepaald aantal vakantiedagen per jaar. Art. 7:634 BW houdt immers in dat de werknemer recht heeft op een minimumvakantieaanspraak. Van dat recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Ingevolge art. 7:634 bedraagt dat minimum bij een voltijdsbetrekking twintig werkdagen per jaar. In het onderhavige geval is niet gesteld dat een groter aantal vakantiedagen per jaar is overeengekomen dan het wettelijk minimum. Gelet op de spreiding en duur van de schoolvakanties is aannemelijk dat de lerares, ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, deze twintig dagen vakantie zal kunnen opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties.

Art. I-C2 lid 1 RpbO is sekseneutraal: mannelijke en vrouwelijke leerkrachten hebben gelijkelijk recht op vakantieverlof gedurende de schoolvakanties. Aannemelijk is dat de lerares, ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, de haar toekomende vakantie kan opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. In zoverre is geen sprake van een verboden onderscheid als in art. 7:646 bedoeld. Aangenomen moet worden dat leerkrachten in het basisonderwijs, bij een fulltime-werkweek (ook) tijdens de schoolvakanties (geacht worden te) werken aan niet lesgebonden taken, met name deskundigheidsbevordering. Denkbaar is dat een lerares van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof (gedeeltelijk) samenvalt met (een) schoolvakantie(s), toch een zodanig nadeel ondervindt dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een door art. 7:646 lid 1 in verbinding met lid 5 BW verboden onderscheid in arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in verband met de door haar (gedeeltelijk) gedurende schoolvakanties genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof gedurende de (resterende) schoolvakanties minder tijd heeft voor haar niet lesgebonden werkzaamheden, met name in het kader van deskundigheidsbevordering, dan haar mannelijke collega's. Aantekening verdient nog dat, zoals uiteengezet in de conclusie van de A-G, een dergelijke benadeling op uiteenlopende wijzen kan worden opgeheven. Uit de conclusie: Het is mogelijk om door het toekennen van extra vrije dagen buiten de schoolvakanties het nadeel op te heffen. Het is in beginsel ook denkbaar dat een dergelijke benadeling wordt weggenomen door de desbetreffende lerares in de rest van het jaar zodanig te ontlasten van haar niet-lesgebonden werkzaamheden dat zij reëel toekomt aan het opnemen van haar vakantieverlofdagen en aan haar 10 procent tijd voor deskundigheidsbevordering: dan is er geen behoefte meer aan compensatie.

(BW (oud) art. 7:636, 645, 646; BW art. 7:615, 634-644; Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel art. I-C2; Wet op primair onderwijs art. 59)

Stichting Katholieke scholen Westelijk Weidegebied, als rechtsopvolgster van de stichting Stichting

Katholiek Basisonderwijs Woerden, te Woerden, eiseres tot cassatie, adv. mr. A.G. Castermans, tegen

Sylvia Johanna de Kuijer, te Woerden, verweerster in cassatie, adv. mr. K. Aantjes.

Rechtbank:

4. De beoordeling van het hoger beroep

4.1. Het beroep is tijdig ingesteld.

4.2. De kantonrechter heeft de vordering van De Kuijer, zoals weergegeven onder punt 1.2, afgewezen.

4.3. De eerste grief van De Kuijer is gericht tegen de eerste alinea van rechtsoverweging 5 van het vonnis van de kantonrechter.

'Naar het oordeel van de kantonrechter kan De Kuijer aan het bepaalde in artikel I-C2 lid 1 RpbO, anders dan zij wil, niet het recht ontlenen op het aantal vakantiedagen dat overeenkomt met het aantal dagen dat de schoolvakanties duren of overigens geen onderwijs wordt gevolgd. Dit artikel geeft slechts het recht op vakantieverlof tijdens die dagen. Uit het bedoeld artikel volgt ook dat het in beginsel niet mogelijk is vakantieverlof op te nemen buiten de schoolvakanties.

Indien betrokkene één of meer dagen, waarvoor vakantieverlof geldt, geen vakantieverlof geniet omdat ander (buitengewoon) verlof wordt genoten, betekent dat niet dat die niet gebruikte dagen alsnog als vakantieverlof genoten kunnen worden op een ander tijdstip (buiten de schoolvakanties). Voorwaarde is daarbij uiteraard dat betrokkene in ieder geval het minimum aantal vakantiedagen, waarop artikel 7:634 BW recht geeft, geniet (hetgeen in casu het geval; de Stichting heeft onweersproken gesteld dat De Kuijer in 1999 gedurende 6 weken vakantieverlof genoot).

Het beroep van De Kuijer op artikel 7:636 BW faalt derhalve. De Stichting heeft de dagen dat De Kuijer zwangerschaps- en bevallingsverlof genoot niet – zonder de ingevolge dat artikel vereiste instemming van De Kuijer – aangemerkt als vakantiedagen, maar stelt zich daarentegen naar het oordeel van de kantonrechter terecht is – op het standpunt dat de betreffende dagen juist geen vakantie werd genoten (omdat De Kuijer zwangerschaps- of bevallingsverlof genoot).

(...)

4.4. Door aldus te oordelen heeft de kantonrechter volgens De Kuijer miskend dat zij aan haar vordering niet ten grondslag legt het bepaalde in artikel I-C2 lid 2 RpbO, maar de dwingendrechtelijke regels van het Burgerlijk Wetboek.

Gelet op de toelichting op grief I maakt De Kuijer kennelijk tevens bezwaar tegen het oordeel van de kantonrechter dat zij geen recht heeft op compensatie van niet-genoten vakantieverlof. De

* NJB 2002, p. 1669; JAR 2002/206; Nemesis 2002/1510; red.

Kuijer stelt zich op het standpunt dat zij, gelet op de in dezen toepasselijke dwingendrechtelijke bepalingen in het BW, dit recht wel heeft.

4.5. Vooropgesteld zij, zoals de kantonrechter reeds in r.o.2 sub a heeft overwogen, dat tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht waarop, naast de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek de overige voorwaarden, horende bij de Akte van Benoeming, de titels I, III en IV van het Rechtspositiebesluit Onderwijs-personeel (RpbO) en de Raamovereenkomst primair Onderwijs 1998-2000 van toepassing zijn.

4.6. De rechtbank is van oordeel dat, voor zover aangenomen zou dienen te worden dat het RbpO inderdaad de door De Kuijer gewenste compensatieregeling niet toestaat, de regeling van het RpbO strijdig is met de voormelde dwingendrechtelijke bepalingen van het BW. Daartoe overweegt de rechtbank het volgende.

Het BW bepaalt in artikel 7:634 dat de werknemer aanspraak op vakantie met behoud van loon opbouwt in evenredigheid met de duur van het dienstverband in het jaar, met een minimum van 'vier keer de overeengekomen arbeidsduur per week' per jaar. Artikel 7:635 lid 2 BW regelt vervolgens dat de vrouwelijke werknemer ook vakantiedagen opbouwt gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof.

In beginsel (zie artikel 7:638 BW) stelt de werkgever na overleg met de werknemer vast wanneer vakantie mag worden opgenomen. Artikel 7:636 BW maakt op dit beginsel een uitzondering uithoudende dat slechts met instemming van de werknemer de dagen die de werknemer wegens de in artikel 7:635 BW vermelde redenen niet werkt, kunnen worden aangemerkt als vakantiedagen. Onder de in artikel 7:635 BW vermelde redenen vallen ook, als voormeld, zwangerschap en bevalling.

Blijkens artikel 7:637 BW kan van artikel 7:636 BW slechts bij overeenkomst of reglement worden afgeweken ingeval de werknemer zijn arbeid niet heeft verricht wegens ziekte. Ingeval een werkneemster haar arbeid niet verricht wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof kan, zo concludeert de rechtbank uit het bepaalde in artikel 7:637, niet bij overeenkomst of reglement worden afgeweken van het bepaalde in artikel 7:636 BW. Hieruit volgt dat de dagen van de schoolvakanties die zijn gevallen in het zwangerschaps- en bevallingsverlof van De Kuijer niet mogen worden aangemerkt als vakantie (zoals ook de Stichting, zij het op andere gronden stelt), aangezien De Kuijer daarmee – naar onbetwist vaststaat – niet heeft ingestemd.

4.7. De rechtbank is verder van oordeel dat uit artikel I-C2 van het RpbO niet alleen kan worden afgeleid dat vakantie wordt genoten gedurende de schoolvakanties, maar ook op hoeveel vakantiedagen men recht heeft. Anders zou immers de artikelen I-C2 lid 5 en I-C2 lid 6 geen betekenis hebben. In deze artikelen is bepaald dat in de situaties zoals vermeld in de leden drie en vier van artikel I-C2 RpbO het 'totale vakantieverlof

van de belanghebbende niet meer dan met twee dagen respectievelijk een week per schooljaar mag worden verminderd.

4.8. Derhalve dient te worden aangenomen dat De Kuijer krachtens het RbpO in het jaar 1999 recht had op een bepaalde hoeveelheid vakantiedagen. Zes weken daarvan vielen samen met het door haar genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof en kunnen niet worden aangemerkt als vakantiedagen. Uitgaande van de dwingendrechtelijke bepalingen van het BW heeft De Kuijer het recht op deze vakantiedagen behouden. Voor zover uit het RpbO anders geconcludeerd zou dienen te worden is dit besluit strijdig met het BW. Het BW dient als regeling van hogere orde te prevaleren. Op deze grond reeds kan geconcludeerd worden dat de kantonrechter de vordering van De Kuijer ten onrechte heeft afgewezen. Grief I treft derhalve doel. Ook grief III, die zich richt tegen de slotsom waartoe de kantonrechter is gekomen, slaagt om die reden.

4.9. Ten overvloede overweegt de rechtbank evenwel nog dat naar haar oordeel ook grief II doel treft. Grief II richt zich tegen de derde alinea van rechtsoverweging 5 van het vonnis van de kantonrechter.

'Anders dan De Kuijer is de kantonrechter voorts van oordeel dat het ontbreken van een compensatieregeling bij samenloop van vakantieverlof en zwangerschaps- en bevallingsverlof in het RpbO niet leidt tot een direct onderscheid naar geslacht en strijd met het bepaalde in artikel 7:646 BW.

Artikel I-C2 RpbO geldt voor mannen en vrouwen en discrimineert dus niet direct. Het (alsnog) toepassen van de door De Kuijer gewenste compensatieregeling zou ook niet leiden tot het voorkomen of opheffen van een benadeling (van de vrouw) in de in artikel I-C2 RpbO opgenomen regeling, maar juist leiden tot een bevoordeling ten gunste van de vrouw. Ook voor andere vormen van verlof (met uitzondering van ziekteverlof), is immers geen compensatieregeling in het RbpO opgenomen.'

4.10. Artikel 7:646 lid 1 BW bepaalt, mede als uitwerking van de EG-richtlijnen 76/207 en 92/85, onder meer dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen in de arbeidsvoorwaarden.

Ingevolge lid 5 van voormeld artikel wordt onder direct onderscheid mede verstaan: onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.

4.11. Voor zover het RpbO inderdaad geen mogelijkheid zou bieden voor niet-genoten vakantiedagen wegens samenloop met zwangerschapsverlof, maakt het besluit een direct onderscheid tussen mannen en vrouwen.

Immers, verlof wegens zwangerschap en bevalling doet zich uitsluitend bij vrouwen voor.

Het ontbreken van een compensatieregeling brengt met zich mee dat vrouwen die zwangerschaps- en bevallingsverlof genieten aanspraak hebben op minder vakantieverlof dan hun

mannelijke collega's. Bij dit oordeel is de rechtbank ervan uitgegaan dat gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof het genot van vakantie de facto onmogelijk is.

Op dit punt bevinden vrouwen zich derhalve in een ongunstiger arbeidsvoorwaardenpositie dan hun mannelijke collega's. De Stichting heeft daartoe geen (relevante) uitzonderingsgrond aangevoerd en deze kan ook niet uit de stukken worden afgeleid. Het gemaakte onderscheid beoogt niet de vrouwelijke medewerkers te beschermen, danwel hen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen.

4.12. De omstandigheid dat in het onderwijs (op grond van het RbpO) ook ingeval van ziekte tijdens vakantie vakantiedagenaanspraken vervallen, doet aan het voorgaande niet af.

Ziekte kan immers zowel mannen als vrouwen treffen. Bovendien is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen de gelijkstelling van zwangerschap met ziekte meermalen ontoelaatbaar geoordeeld (onder meer in de uitspraak van 27 oktober 1998, Boyle e.a. vs. Equal Opportunities Commission, *NJ* 1999, 518).

Dat het zwangerschaps- en bevallingsverlof in technische zin is gelijkgesteld (gedurende de verlofperiode vindt bezoldiging plaats conform de regeling wegens ziekte) kan daaraan niet afdoen.

4.13. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het RpbO, bij gebrek aan een compensatieregeling, direct onderscheid maakt tussen vrouwen en mannen. Het is op deze grond (zie hetgeen in punt 4.10 is overwogen) in strijd met artikel 7:646 BW en dient op dit punt buiten toepassing te blijven. Grief II treft derhalve ook doel.

Conclusie

4.14. Conclusie dient te zijn dat het vonnis van de kantonrechter vernietigd dient te worden. De rechtbank zal, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van De Kuijer alsnog toewijzen.

4.15. De Stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt omdat de rechtbank heeft overwogen als in het bestreden vonnis is geschied, zulks ten onrechte, om in het navolgende uiteengezette, zonodig in verband met elkaar te lezen redenen:

Inleiding

a. Artikel 33 lid 2 onder a Wet op het primair onderwijs bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur voor leraren voorschriften omtrent onder meer vakantie en verlof worden vastgesteld. Deze bepaling geldt voor zowel leraren op openbare scholen als leraren op bijzondere scholen. De akte

van benoeming van leraren op bijzondere scholen bevat tenminste bepalingen van gelijke inhoud als zijn vastgesteld bij de algemene maatregel van bestuur bedoeld in artikel 33 lid 2 onder a (art. 59 lid 2 Wet op het primair onderwijs). Genoemde voorschriften zijn neergelegd in het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO).

b. Ingevolge artikel I-C2 lid 1 RpbO geniet een leraar, tenzij anders is bepaald, gedurende de schoolvakanties dan wel de periode waarin de school geen onderwijs verzorgt, vakantieverlof met behoud van bezoldiging. Deze regeling voorziet niet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. In het belang van het onderwijs is voorzien in een specifieke, los van de omvang en van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven vakantieverlof wordt genoten. Dit betekend niet alleen dat in het onderwijs als regel meer vakantieverlof wordt genoten dan voor werknemers en ambtenaren in het algemeen gebruikelijk is, maar ook dat het in beginsel niet mogelijk is vakantie op te nemen en te genieten buiten de genoemde perioden (de schoolvakanties). Het vakantierecht zoals geregeld in het RpbO bestaat dan ook niet uit plusminus 60 vakantiedagen – ongeacht de omvang van de betrekking –, maar uit niet meer en niet minder dan het genieten van verlof gedurende de schoolvakanties. Met andere woorden: in het onderwijs bestaat geen recht op een gegarandeerd aantal vakantiedagen, maar wordt de leraar geacht vakantie te genieten tijdens de schoolvakanties. Zie: CRvB 17 mei 2001 (00/2598 AW); rov. 5.1.

c. Mevrouw De Kuijer is groepsleerkracht op de basisschool Franciscusschool te Woerden, in dienst van eiseres tot cassatie (de werkgever). Zij genoot in 1999 zwangerschaps- en bevallingsverlof. Het verlof viel samen met de zomerschoolvakantie in dat jaar.

d. De vraag is of de werkgever gehouden is in deze omstandigheden mevrouw De Kuijer in de gelegenheid te stellen buiten de schoolvakantie om in totaal zes weken vakantie te nemen.

Klachten

1. De overweging dat het RpbO een regel van 'lagere orde' is dan het Burgerlijk Wetboek en dat de vakantieaanspraak van leraren in het primair onderwijs eerst en vooral door het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald (rov. 4.8), geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De rechtbank heeft miskend dat de vakantieaanspraak van leraren in het primair onderwijs niet door het Burgerlijk Wetboek, maar op grond van de wet op het primair onderwijs door het RpbO wordt geregeld, althans dat de vakantieregeling in het Burgerlijk Wetboek moet worden gehanteerd in overeenstemming met de regeling in het RpbO.

2. De overweging dat uit het RpbO kan worden afgeleid op hoeveel vakantiedagen men recht

heeft (rov. 4.7) geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De rechtbank heeft miskend dat het RpbO niet de omvang van de vakantie-aanspraak bepaalt en/of dat het RpbO niet het aantal vakantiedagen garandeert. Zoals de Centrale Raad heeft beslist, regelt het RpbO niet meer dan dat het verlof wordt genoten gedurende de schoolvakanties. Het aantal vakantiedagen dient met inachtneming van artikel 7:634 BW te worden vastgesteld.

3. Indien de rechtbank van oordeel is dat het aantal dagen dat gemoeid is met de schoolvakanties in de rechtsverhouding tussen mevrouw De Kuijer en de werkgever in zijn geheel worden aangemerkt als vakantiedagen in de zin van het Burgerlijk Wetboek, dan heeft de rechtbank miskend dat zo'n afspraak nietig is wegens strijd met de wet (zoals weergegeven in de inleiding onder a en b), althans dat zo'n afspraak niet zonder nadere motivering kan worden aangenomen. De rechtbank heeft althans onvoldoende gemotiveerd waarom mevrouw De Kuijer meende en mocht menen aanspraak te hebben op het door haar gestelde aantal vakantiedagen.

In het bijzonder had de rechtbank in haar motivering moeten betrekken de achtergrond van de regeling in het RpbO, gelegen in de wijze waarop het onderwijs dient te worden ingericht met het oog op een ononderbroken ontwikkelingsproces (artikel 8 leden 1 en 2 Wet op het primair onderwijs; in productie 1 bij de conclusie van dupliek – de brief van 20 april 1999 onder 10 – en in de akte van uitlating produkties van 25 november 1999 verwoord als het belang van stabiliteit en continuïteit van het onderwijs). Voorts is van belang de stelling van de werkgever dat een werknemer bij een volledig dienstverband een normjaartaak heeft van 1659 uur en dat het aantal uren dat is gemoeid met het zwangerschapsverlof op deze normjaartaak in mindering wordt gebracht (memorie van antwoord bij grief 2). Er is geen sprake van opbouw van vakantiedagen: het vakantieverlof wordt gedurende de schoolvakantie genoten; volgens artikel 1-C4 lid 2 RpbO heeft een werknemer in ieder geval recht op vier weken schoolvakantie per jaar voor het geval hij geen vakantieverlof heeft genoten, of een evenredig deel, hiervan indien een werknemer niet een volledig jaar heeft gewerkt (conclusie van dupliek onder 2).

De vraag of de schoolvakantieperioden ten volle als vakantiedagen in de zin van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden aangemerkt, heeft de rechtbank slechts in zijn algemeenheid beantwoord (op onjuiste wijze; zie onderdeel 2), terwijl bij een toets in het individuele geval de namens de werkgever hiervoor aangevoerde stellingen hadden dienen te worden betrokken.

4. Gelet op artikel 33 lid 2 onder a Wet op het primair onderwijs en artikel 1-C2 RpbO kan althans toepassing van artikel 7:636 BW (oud) er niet toe leiden dat een lerares in het primair onderwijs het recht heeft haar instemming als bedoeld in laatstgenoemd artikel slechts te geven

indien de vakantiedagen buiten de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof en buiten de vastgestelde schoolvakanties kunnen worden opgenomen, althans dat zij aanspraak heeft de vakantiedagen die samenvallen met het zwangerschaps- en bevallingsverlof buiten de vastgestelde schoolvakantie op te nemen. (Zie conclusie van dupliek onder 3.) Ten onrechte heeft de rechtbank een dergelijke bevoegdheid – impliciet – wél aangenomen (rov. 5.3).

5. De Rechtbank overweegt dat het ontbreken van een compensatieregeling in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof directe discriminatie oplevert tussen mannen en vrouwen. De werkgever zou geen relevante 'uitzonderingsgronden' hebben aangedragen (rov. 4.11-12). De beslissing op dit punt is rechtens onjuist althans onbegrijpelijk.

a. De vakantieregeling in het RpbO is neutraal geformuleerd. Zie: CRvB 17 mei 2001 (00/2598 AW); rov. 7.2. Genoemde bepalingen behelzen geen onderscheid anders dan tussen onderwijsgevend en niet-onderwijsgevend personeel. De vakantieregeling in het RpbO kent bovendien in het algemeen geen recht op compensatie, ook niet in geval van samenloop van vakantieverlof met andere vormen van verlof. In deze omstandigheden is het oordeel dat het ontbreken van een compensatieregeling direct onderscheid oplevert, rechtens onjuist althans onvoldoende gemotiveerd.

b. Indien het oordeel van de Rechtbank zo moet worden gelezen dat zij van oordeel is dat er sprake is van indirecte discriminatie, dan heeft zij ten onrechte niet althans niet voldoende gemotiveerd onderzocht of de afwezigheid van de mogelijkheid van compensatie in geval van samenloop van vakantieverlof met enige andere vorm van verlof tot resultaat heeft dat een groep werknemers wordt benadeeld die overwegend uit hetzelfde geslacht is samengesteld. Weliswaar heeft de rechtbank in rov. 4.11 overwogen dat vrouwen die verlof genieten wegens zwangerschap en bevalling, minder vakantieverlof hebben dan hun mannelijke collega's, maar hiermee is nog niet gezegd dat vrouwen vaker dan mannen moeten ervaren dat vakantieverlof samenvalt met enigerlei andere vorm van verlof. In dit verband heeft de werkgever gesteld dat een werknemer bij een volledig dienstverband een normjaartaak heeft van 1659 uur en dat het aantal uren dat is gemoeid met het zwangerschapsverlof op deze normjaartaak in mindering wordt gebracht (memorie van antwoord bij grief 2).

c. Voorts heeft de rechtbank miskend dat – zoals is betoogd in onderdeel 1 van het cassatiemiddel – er geen sprake is van een aanspraak op vakantiedagen in de zin van het Burgerlijk Wetboek in de volle omvang van de schoolvakanties, zodat niet – althans niet zonder nadere motivering – als vaststaand kan worden aangenomen dat er sprake is van benadeling in de zin van Richtlijn 92/85 van de Raad der Europese Gemeenschappen van 19 oktober 1992, Richtlijn

76/207 van de Raad van 9 februari 1976 en artikel 1 Wet Gelijke Behandeling. Vergelijk: CRvB 17 mei 2001 (00 / 2598 AW); rov. 7.3 en 7.4. De verlofregeling van het RpbO bepaalt immers niet meer dan dat het onderwijsgevend personeel tijdens schoolvakanties vrij is gesteld van werkzaamheden met behoud van bezoldiging; gelet op het grote aantal schoolvakantiedagen per jaar (60) zou zelfs indien het zwangerschaps- en bevallingsverlof geheel samenvalt met de zomervakanties (6 weken; 30 dagen) een voldoende aantal schoolvakantiedagen resterend om het in artikel 7:634 Burgerlijk Wetboek bepaalde aantal vakantiedagen op te nemen (zie de memorie van antwoord over grief 1: appellante kwam geen dag tekort indien wordt uitgegaan van het minimum aantal vakantiedagen die het Burgerlijk Wetboek voorschrijft; zie ook conclusie van antwoord onder 3 en conclusie van dupliek onder 2). Als gevolg van het ontbreken van compensatie in geval van samenloop van vakantieverlof met zwangerschaps- en bevallingsverlof gaan dan ook geen rechten verloren.

d. Tenslotte heeft de Rechtbank geen van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden behandeld. Daarbij heeft zij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans haar oordeel onvoldoende gemotiveerd. Er zijn immers verschillende objectieve gronden ter rechtvaardiging van gemaakt onderscheid aangevoerd. Door deze zonder nadere motivering buiten beschouwing te laten heeft de rechtbank miskend dat alle genoemde gronden – stabiliteit en continuïteit van het onderwijs (onderdeel 26 van de brief van 29 april 1999, productie 1 conclusie van dupliek), de omvang van het zwangerschaps- en bevallingsverlof mede in relatie tot het grote aantal resterende verlofdagen, de financiering van het onderwijs (conclusie van antwoord onder 4, de krapte op de arbeidsmarkt – of enkele daarvan, relevante omstandigheden zijn voor de beoordeling van de geschiktheid en noodzakelijkheid van het ontbreken van een compensatieregeling. In het bijzonder heeft de rechtbank er aan voorbij gezien dat de continuïteit van het onderwijs een belangrijk gewicht kan worden toegekend. Ook heeft zij miskend dat de wettelijk in acht te nemen periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof langer duurt dan uit hoofde van de Europese regelgeving is voorgeschreven. Ook ziet de rechtbank ten onrechte voorbij aan de wijze waarop het onderwijs is gefinancierd en/of de krapte op de arbeidsmarkt, omstandigheden die aan belang winnen naar mate de vakantieverlofen de zwangerschaps- en bevallingsverlof-periode langer duren.

6. Ten onrechte heeft de rechtbank de vordering niet afgewezen, aangezien de kantonrechter – in appel onbestreden – heeft vastgesteld dat mevrouw De Kuijer gedurende in ieder geval het minimum aantal vakantiedagen waarop artikel 7:634 BW recht geeft, vakantieverlof heeft genoten (rov. 5 van het vonnis van 31 mei 2000).

Conclusie A-G mr. Langemeijer:

Deze zaak is de derde van drie samenhangende geschillen over de vraag of een lerares in het bijzonder basisonderwijs, bij wie de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakantie, in de gelegenheid behoort te worden gesteld de niet-genoten vakantiedagen alsnog op te nemen buiten de schoolvakanties. In deze zaak staat centraal het beroep op een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:

1.1.1. Verweerster in cassatie (hierna: de lerares) is op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst van destijds de Stichting Katholiek Basisonderwijs Woerden, thans de Stichting Katholieke Scholen Westelijk Weidegebied. In deze conclusie wordt gesproken van: de Stichting. Op deze arbeidsovereenkomst zijn, naast de bepalingen van titel 10 van boek 7 BW, de overige voorwaarden bij de akte van benoeming, de titels I, III en IV van het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO) en de Raamovereenkomst primair onderwijs 1998-2000 van toepassing.

1.1.2. De lerares is benoemd als groepsleerkracht aan een basisschool te Woerden die onder het bevoegd gezag van de Stichting valt.

1.1.3. Gedurende het tijdvak van 17 mei 1999 tot 6 september 1999 heeft de lerares zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten. In dit tijdvak vielen zes weken schoolvakantie.

1.1.4. Het RpbO kent geen regeling voor compensatie bij het samenvallen van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties. De lerares heeft niet ermee ingestemd dat de Stichting de periode van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof die met de schoolvakanties samenvalt aanmerkt als vakantieverlof.

1.2. De lerares heeft op 26 mei 1999 de Stichting gedagvaard voor de kantonrechter te Utrecht en een verklaring voor recht gevorderd, zakelijk inhoudend dat de dagen van de schoolvakantie die met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen niet als genoten vakantieverlof behoren te worden aangemerkt en dat zij het recht heeft die dagen alsnog op te nemen buiten de schoolvakanties. Daarnaast vorderde de lerares dat aan de Stichting wordt gelast om aan dit laatste medewerking te verlenen op straffe van verbeurte van een dwangsom.

1.3. Aan haar vorderingen heeft de lerares primair ten grondslag gelegd dat ingevolge art. 7:636 (oud) jo. 7:645 BW de dagen waarop zij zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten niet zonder haar instemming door de Stichting mogen worden aangemerkt als vakantieverlof. Subsidiar heeft zij aangevoerd dat, door het ontbreken van compensatie, de Stichting in haar arbeidsvoorwaarden een door art. 7:646 BW

verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt. Het ontbreken van compensatie raakt alleen vrouwelijke, geen mannelijke leerkrachten. Wanneer een zwangerschaps- en bevallingsverlof dat gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakanties, hebben vrouwelijke werknemers in verband met hun zwangerschap en bevalling per saldo minder vakantieverlof dan hun mannelijke collega's.

1.4. De Stichting heeft m.b.t. de primaire grondslag van de vordering als verweer aangevoerd, kort samengevat, dat art. I-C2 RpbO niet inhoudt dat aan de lerares een bepaald aantal (circa 60) vakantieverlofdagen per jaar toekomt. Nu over vakantieverlofdagen tussen partijen niets is overeengekomen, wordt het aantal vakantieverlofdagen waarop de lerares aanspraak heeft bepaald door het wettelijk minimum van art. 7:634 BW. De 12 weken schoolvakantie bieden, ook na aftrek van de 6 weken waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met een schoolvakantie, voldoende ruimte voor de lerares om de vier weken vakantieverlof op te nemen waarop art. 7:634 BW haar recht geeft. M.b.t. de subsidiaire grondslag van de vordering heeft de Stichting betwist dat er sprake is van een verboden onderscheid. De Stichting verwees naar de adviezen die de landsadvocaat hieromtrent heeft uitgebracht¹.

1.5. Bij vonnis van 31 mei 2000 heeft de kantonrechter de vordering van de lerares afgewezen. Met betrekking tot de primaire grondslag overwoog de kantonrechter dat de lerares aan art. I-C2 RpbO niet een recht ontleent op een aantal vakantieverlofdagen dat overeenkomt met het aantal dagen dat de schoolvakanties duren (rov. 5). Verder heeft de kantonrechter het verweer van de Stichting gevolgd: de resterende weken van de schoolvakanties waren voldoende om het wettelijk minimum aan vakantieverlof op te nemen. Met betrekking tot de subsidiaire grondslag van de vordering heeft de kantonrechter overwogen dat het ontbreken van compensatie voor de dagen waarop het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met een schoolvakantie niet leidt tot een direct onderscheid naar geslacht: art. I-C2 RpbO geldt gelijkelijk voor mannen en vrouwen. Het toestaan van de gevorderde compensatie zou niet leiden tot het voorkomen of opheffen van benadeling van vrouwen, maar zou leiden tot een bevoordeling van vrouwen; aldus de kantonrechter.

1.6. De lerares heeft hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Utrecht. Grief I stelde de primaire grondslag van de vordering aan de orde. Bij vonnis van 2 mei 2001 heeft de rechtbank deze grief gegrond bevonden, het vonnis van de kantonrechter vernietigd en de vorderingen van de lerares alsnog toegewezen. De rechtbank was van oordeel dat uit art. I-C2 RpbO niet alleen kan worden afgeleid dat vakantie wordt genoten gedurende de schoolvakanties, maar ook hoeveel vakantieverlofdagen overeengekomen zijn

(rov. 4.7). Uitgaande van de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:636 BW, heeft de lerares haar aanspraak op vakantieverlof over de dagen waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met de schoolvakantie behouden. Derhalve moeten deze dagen buiten de schoolvakanties worden gecompenseerd (rov. 4.8).

1.7. Ten overvloede heeft de rechtbank tevens de subsidiaire grondslag van de vordering besproken, welke in grief II aan de orde was gesteld. De rechtbank was van oordeel dat het RpbO door het ontbreken van compensatie direct onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen. Dat is een door art. 7:646 BW verboden onderscheid. De rechtbank voegde hieraan toe dat gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof het genot van vakantie de facto onmogelijk is en dat vrouwen zich daardoor in een ongunstiger arbeidsvoorwaardenpositie bevinden dan hun mannelijke collega's (rov. 4.11-4.13).

1.8. De Stichting heeft - tijdig - beroep in cassatie ingesteld. De lerares heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, met re- en dupliek.

2. *Bespreking van het cassatiemiddel*

2.1. De verhouding tussen het BW en het RpbO, de wettelijke regelingen omtrent zwangerschaps- en bevallingsverlof en de bepalingen in het BW en het RpbO m.b.t. vakantieverlof worden beschreven in de inleidende beschouwingen van mijn gelijktijdig genomen conclusie in de zaak C 01/193 HR.

2.2. *Onderdeel 1* van het cassatiemiddel is gelijkkluidend aan onderdeel 1 van het middel in de zaak C 01/193 HR en wordt toegelicht met dezelfde argumenten. Het betoogt dat de dwingendrechtelijke bepalingen in titel 10 van boek 7 BW behoren te wijken voor de vakantiebepalingen in het RpbO. De klacht dient n.m.m. te worden verworpen op de gronden die in de conclusie in de zaak C 01/193 HR zijn uiteen gezet.

2.3. De *onderdelen 2 en 3* hebben betrekking op dezelfde problematiek die aan de orde was in de onderdelen 2 en 3 van het cassatiemiddel in de zaak C 01/193 HR. De Stichting is van mening dat tussen partijen niet een vast aantal vakantieverlofdagen per jaar is overeengekomen, ook niet door middel van het toepasselijk verklaren van titel I RpbO op de arbeidsovereenkomst. In onderdeel 2 doet de Stichting in dit verband een beroep op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep d.d. 17 mei 2001, JB 2001, 217 m.nt. AWH. De CRvB heeft overwogen dat art. I-C2 lid 1 RpbO niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen van leerkrachten. In

¹ Adviezen van de landsadvocaat d.d. 29 april en 17 mei 1999 (Aanhangsel Handelingen TK nr. 1666, zittingsjaar 1998/99), overgelegd bij CvD. Deze adviezen betroffen de implicaties van het (hierna te bespreken) oordeel van de Commissie gelijke behandeling d.d. 10 december 1998, AB 1999, 256 m.nt. RH.

het belang van het onderwijs is voorzien in een specifieke, los van de omvang en van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven vakantieverlof wordt genoten.

2.4. De lerares bestrijdt deze klachten met de stelling dat de uitspraak van de CRvB het openbaar onderwijs betrof; op leerkrachten in het openbaar onderwijs is titel 10 van boek 7 BW niet toepasselijk. Het overnemen van de redenering van de CRvB door de burgerlijke rechter zou tot het resultaat leiden dat een leerkracht in het bijzonder onderwijs geen enkel recht op vakantieverlofdagen zou hebben. Dat resultaat is in strijd met art. 7:634 BW, aldus de lerares.²

2.5. De uitspraak van de CRvB had inderdaad betrekking op een leerkracht in het openbaar onderwijs. De stelling dat de redenering van de CRvB niet gevolgd kan worden voor het bijzonder onderwijs lijkt mij echter onjuist. Indien art. I-C2 RpbO niet het overeengekomen aantal dagen vakantieverlof bepaalt, heeft zulks niet tot gevolg dat de lerares helemaal geen recht op vakantieverlof zou hebben. Voor dat geval bepaalt art. 7:634 BW immers dat een werknemer – dus ook een leerkracht in het bijzonder basisonderwijs – recht heeft op een minimum aan vakantieverlof: bij een full-time betrekking kort gezegd vier weken per jaar.

2.6. In de conclusie in de parallelzaak C 01/193 HR heb ik diverse argumenten vóór en tegen het volgen van de uitleg van de CRvB behandeld. Zoals in die conclusie is uiteen gezet, weegt voor mij het zwaarst het onderscheid dat het RpbO zelf maakt tussen de vakanties van het onderwijzend en die van het niet-onderwijzend personeel: dat duidt erop dat voor onderwijzend personeel geen vakantiedagen worden opgebouwd. Daarnaast heb ik in die conclusie betoogd dat rechtsonzekerheid te duchten is indien de hoogste bestuursrechter (voor het openbaar onderwijs) en de hoogste burgerlijke rechter (voor het bijzonder onderwijs) een tegenovergestelde uitleg zouden geven aan art. I-C2 lid 1 RpbO. Om deze redenen ware de uitleg welke de CRvB aan art. I-C2 lid 1 RpbO heeft gegeven ook in deze zaak te volgen. Dit voert tot de gevolgtrekking dat onderdeel 2 terecht is voorgesteld. Onderdeel 3 behoeft in dat geval geen nadere bespreking. Ook in dit geding is geen beroep gedaan op individuele, van het RpbO afwijkende afspraken tussen de lerares en de Stichting met betrekking tot het aantal vakantieverlofdagen.

2.7. *Onderdeel 4* ziet op de vraag of de Vereniging de instemming van de lerares nodig had voor het aanmerken van de dagen als vakantieverlof. Dit onderdeel kan onbesproken blijven wanneer onderdeel 2 slaagt.

2.8. De *onderdelen 5 en 6* keren zich tegen de overwegingen ten overvloede (rov. 4.9-4.13), welke betrekking hebben op de *subsidiare* grondslag van de vordering. Ik schets in het kort de relevante communautaire en nationale voorschriften. Van belang is allereerst Richtlijn 76/207/EEG

van de Raad d.d. 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 (hierna: de Richtlijn gelijke behandeling m/v).³ Het beginsel van gelijke behandeling in deze richtlijn houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht is uitgesloten, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie (art. 2). De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden zonder discriminatie op grond van geslacht. De lid-staten nemen daartoe de nodige maatregelen (art. 5).

2.9. In Nederland is aan deze richtlijn uitvoering gegeven door de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*Stb.* 1980, 86, hierna: *Wet gelijke behandeling m/v*). Bij die gelegenheid is tevens een discriminatieverbod in het arbeidsrecht (art. 1637ij BW) opgenomen. Bij wet van 27 april 1989, *Stb.* 168, is de *Wet gelijke behandeling m/v* herzien. In één opzicht ging de herziene wet verder dan de Richtlijn. Door een amendement-Groenman werd aan de omschrijving in art. 1 toegevoegd: 'Onder direct onderscheid wordt mede verstaan, onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap'.⁴ De verruimde omschrijving van het begrip 'direct onderscheid' werd eveneens opgenomen in art. 1637ij BW. Sedert de overbrenging van art. 1637ij naar titel 10 van boek 7 BW verbiedt art. 7:646 BW de werkgever in de arbeidsvoorwaarden onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. Het vijfde lid van art. 7:646 bepaalt dat onder *direct* onderscheid mede wordt verstaan: onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Deze wetsduiding heeft tot gevolg dat op de objectieve rechtvaardigingsgronden bedoeld in het zesde lid van art. 7:646, welke betrekking hebben op *indirect* onderscheid, door de werkgever geen beroep kan worden gedaan in geval van onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Bedingen in strijd met art. 7:646 lid 1 BW zijn nietig.⁵

2.10. De Algemene wet gelijke behandeling (wet van 2 maart 1994, *Stb.* 230) voorziet in bescherming tegen méér vormen van discriminatie dan alleen het onderscheid tussen mannen en vrouwen; zie art. 1 van die wet. De Algemene wet gelijke behandeling laat de voorschriften van de *Wet gelijke behandeling m/v* en in art. 7:646 BW onverlet: zie art. 4. Voor de beoordeling van

2 S.t. namens de lerares, blz. 13 en blz. 20-21.

3 PbEG L 039 d.d. 14 feb. 1976, ook opgenomen in editie *S&J* 213.

4 TK 1987/88, 19 908, nr. 34.

5 Zie verder: losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 7 en 9-13 op art. 7:646 BW (A.M. Gerritsen); I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* (1994).

deze middelonderdelen behoeven de bepalingen van de Algemene wet gelijke behandeling geen bespreking. Een verbod van discriminatie is ook te vinden in internationale bepalingen, waaronder art. 14 EVRM (uitsluitend m.b.t. de door het EVRM beschermde rechten en vrijheden) en art. 26 IVBP. In het debat in feitelijke instanties en in cassatie hebben deze internationale bepalingen geen rol gespeeld. De discussie is toegespitst op art. 7:646 BW en op de EG-richtlijnen.

2.11. Art. 2, derde lid, van de Richtlijn gelijke behandeling m/v schept ruimte voor positieve discriminatie in voorschriften tot bescherming van de vrouw, met name regels omtrent zwangerschap en moederschap. Tot zulke normen behoort 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;⁶ hierna aangeduid als: de Zwangerschapsrichtlijn. Beide richtlijnen kwamen aan de orde in HvJ EG 27 oktober 1998, NJ 1999, 518 (Boyle e.a./Equal Opportunities Commission), waarnaar ik kortheidshalve moge verwijzen.⁷ Dat arrest biedt voor het huidige vraagstuk geen oplossing: in de zaak Boyle was de verhouding tussen ziekteverlof en bevallingsverlof aan de orde alsmede de consequenties daarvan voor de datum van ingang.

2.12. De Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft in een oordeel van 10 december 1998 onder meer overwogen:⁸

'In het RpbO worden mannelijk en vrouwelijk onderwijspersoneel in die zin gelijk behandeld dat in geen enkel geval compensatie plaatsvindt indien iemand feitelijk niet in staat is vakantie te genieten in de vaste schoolvakantieperiodes van de school. Deze regeling betreft alleen ziekte en bevat geen specifieke bepaling voor zwangerschap. Door de toepassing van de bepaling die ziekte en zwangerschap gelijkstelt, worden arbeidsongeschiktheid wegens zwangerschap en arbeidsongeschiktheid wegens ziekte als gelijke gevallen behandeld, terwijl ze ongelijke gevallen zijn.'

2.13. Na deze uitspraak van de Cgb, die in onderwijskringen de aandacht heeft getrokken, hebben verscheidene leerkrachten het standpunt ingenomen dat het ontbreken van compensatie voor dagen waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met een schoolvakantie een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen oplevert. De Centrale Raad van Beroep heeft zich in zijn eerdergenoemde beslissing van 17 mei 2001 ook over dit vraagstuk uitgesproken. Volgens de CRvB is er geen sprake van gelijkstelling van zwangerschapsverlof met ziekte: de bepaling van art. I-C2 lid 1 RpbO geeft slechts aan dat tijdens de schoolvakanties verlof wordt genoten. De CRvB nam daarom geen verboden gelijke behandeling van ongelijke gevallen aan (rov. 6.2). De CRvB nam afstand van de uitleg die de Cgb aan het arrest-Boyle had gegeven

(rov. 6.3).⁹ Tenslotte was de CRvB van oordeel dat van een verlies van rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst bij zwangerschap en bevalling geen sprake is:

'Zoals hiervoor (...) is overwogen is niet aan de orde een ongeclausuleerd recht op (omstreeks 60) vakantie(dagen) of vrij op te nemen vakantieverlof, maar de specifieke verlofregeling in het onderwijs, die betrokkene vrij stelt van werkzaamheden tijdens schoolvakanties met behoud van bezoldiging. Dat recht blijft behouden, ook al geniet de zwangere werkneemster (reeds) op andere gronden verlof met behoud van bezoldiging en zou kunnen worden gesteld dat zij niet in staat is het vakantieverlof te consumeren. Tot de conclusie dat van verslechtering van arbeidsvoorwaarden sprake is in geval van samenloop als hier in geding, kan de Raad dan ook niet komen. (rov. 6.4).'

2.14. De CRvB was voorts van oordeel dat art. I-C2 RpbO sekseneutraal is geformuleerd, zodat van een directe discriminatie tussen mannen en vrouwen geen sprake is (rov. 7.2). M.b.t. het beroep op indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen, overwoog de CRvB dat – voor zover de omstandigheid dat buiten de schoolvakanties geen vrij opneembaar vakantieverlof kan worden opgenomen al als een nadeel kan worden beschouwd – dit nadeel zich niet voordoet als gevolg van de zwangerschap; het is inherent aan de rechtsbetrekking in het onderwijs en valt niet terug te voeren op een onderscheid op grond van een verboden criterium (rov. 7.3). Overigens beschouwde de CRvB het ontbreken van compensatie niet als een nadeel, maar hoogstens als het uitblijven van een voordeel (rov. 7.4).

2.15. De verschillende uitkomst van de beslissing van de Cgb en die van de CRvB wordt grotendeels verklaard doordat de Cgb ervan uitgaat dat het bevoegd gezag de leerkracht over de volle duur van de schoolvakantie in de gelegenheid moet stellen 'feitelijk vakantie te genieten'. De CRvB leest in art. I-C2 RpbO niet een recht op een vast aantal vakantieverlofdagen. Daarnaast is er een verschil in benadering van de vraag of er discriminatie is. De motivering door de CRvB werd in de vorige alinea's reeds besproken. De motivering van de Cgb omvat, naar de kern

6 Pb EG L 348 d.d. 28 nov. 1992; ook in editie *S&J* 213.

7 Het arrest is ook gepubliceerd in *RN* 1999 nr. 1002 m.nt. M. Monster onder nr. 1003; in *SEW* 2000 blz. 298 e.v. m.nt. P. Foubert en B. Koopman en in *Ondernemingsrecht* 1999 nr. 10 m.nt. M.R. Mok.

8 *AB* 1999, 256 m.nt. RH (alinea 4.8); besproken door E. Cremers-Hartman, *Tijdschrift voor de Onderwijspraktijk* 1999/5 blz. 2 e.v.

9 De Cgb veronderstelt dat het lopende zwangerschaps- en bevallingsverlof voor de duur van de schoolvakantie wordt opgeschort. Dat valt inderdaad niet te lezen in het Boyle-arrest. Het is evenmin te verenigen met de regel dat het zwangerschaps- en bevallingsverlof aaneengesloten wordt verleend.

genomen, de volgende stappen: (i) de wet¹⁰ bepaalt dat het zwangerschaps- en bevallingsverlof voor de toepasselijke rechtspositieregeling gelijk wordt gesteld met verhindering om arbeid te verrichten wegens ziekte; (ii) de toepasselijke rechtspositieregeling, het RpbO, biedt leerkrachten die tijdens een schoolvakantie ziek zijn geen recht op compensatie van de desbetreffende dagen; (iii) de werkgever mag zwangerschap en bevalling niet gelijk stellen met arbeidsongeschiktheid door ziekte;¹¹ (iv) door toepassing van de onder (ii) genoemde regel op een lerares van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met een schoolvakantie, heeft de werkgever ongelijke gevallen (ziekte resp. zwangerschap/bevalling) ten onrechte gelijk behandeld.¹² In de wet is inmiddels niet langer sprake van gelijkstelling van zwangerschaps- en bevallingsverlof met ziekte. De redenering van de Cgb is alleen bruikbaar wanneer er sprake is van zodanige gelijkstelling.

2.16. In het thans bestreden vonnis – gewezen vóór de uitspraak van de CRvB – heeft de rechtbank aangenomen dat er sprake is van direct onderscheid in de arbeidsvoorwaarden tussen mannen en vrouwen. Die kwalificatie heeft tot gevolg dat de Stichting zich niet met vrucht op een rechtvaardigingsgrond voor het onderscheid kan beroepen; zie alinea 2.9 hiervoor. De rechtbank heeft het ontbreken van compensatie voor de dagen waarop het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met een schoolvakantie aangemerkt als een verboden onderscheid. Dat oordeel wordt in onderdeel 5 onder a-d en in onderdeel 6 aangevallen.

2.17. Onderdeel 6 is naar zijn strekking de verstgaande klacht. Uitgaande van 12 weken schoolvakantie per jaar, kan een lerares in het basisonderwijs, van wie zes weken van het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, de vier weken vakantieverlof waarop zij ingevolge art. 7:634 BW recht heeft nog opnemen in de resterende zes weken van de schoolvakanties (vgl. rov. 5 Ktr.). Zelfs een lerares van wie 8 weken van het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, zou haar vier weken vakantieverlof nog kunnen opnemen binnen de schoolvakanties. In de redenering van de Stichting zou dit voldoende moeten zijn om het beroep van de lerares op discriminatie tussen mannen en vrouwen van de hand te wijzen (zie subonderdeel 5 onder c).

2.18. Op het eerste gezicht lijkt de Stichting daarin gelijk te hebben: de lerares krijgt de vakantieverlofdagen waarop zij recht heeft. Hier tegen kan echter worden ingebracht dat het wettelijk verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen zich niet beperkt tot de toekenning van vakantieverlofdagen (in de betekenis die titel 10 van boek 7 BW aan 'vakantieverlof' geeft). Art. 7:646 BW spreekt immers in algemene zin over onderscheid *in de arbeidsvoorwaarden*. Ook de artikelen 1 en 5 van de Richtlijn gelijke behandeling m/v spreken in algemene termen

over *arbeidsvoorwaarden*. Het behoeft geen betoog dat het begrip 'arbeidsvoorwaarden' in de Richtlijn verdragsautonoom moet worden uitgelegd. Hoewel in dit cassatiemiddel niet aan de orde,¹³ is het bovendien nuttig te weten dat art. 11 lid 2 van de Zwangerschapsrichtlijn voorschrijft dat in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof naast het behoud van bezoldiging of het genot van een passende uitkering ook de 'rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst' van de desbetreffende werkneemster moeten worden gewaarborgd.

2.19. Indien art. I-C2 lid 1 RpbO wordt verstaan op de wijze waarop de CRvB deze bepaling uitlegt, hebben de leerkrachten geen recht op een bepaald aantal (60) dagen vakantieverlof per jaar. De bepaling houdt slechts in een recht van de leerkracht om gedurende de schoolvakanties de lesvrije periode te gebruiken voor het opnemen van vakantieverlof alsmede voor het verrichten van niet-lesgebonden werkzaamheden. Met name het onderdeel 'deskundigheidsbevordering',¹⁴ een tijdsdeel dat de leerkracht *nota bene* naar eigen inzicht mag invullen, behoort m.i. onmiskenbaar tot 'de arbeidsvoorwaarden'. Indien hierover twijfel mocht bestaan, ligt een prejudiciële vraag aan het HvJ EG in de rede.

2.20. Wanneer een leerkracht, van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakanties, haar vakantieverlofdagen (de vier weken van art. 7:634 BW) nog binnen de schoolvakanties kan opnemen, kan er dus niettemin sprake zijn van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Dit kan worden geïllustreerd als volgt. Ik neem hierbij tot uitgangspunt dat van een lerares niet verwacht mag worden dat zij de periode van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof gebruikt voor (wel of niet lesgebonden) werkzaamheden. Een lerares, van wie 8 weken zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, houdt na het opnemen van haar 4 weken vakantieverlof ex art. 7:634 BW geen tijd meer over om haar niet lesgebonden werkzaamheden in de schoolvakanties te verrichten. Een lerares, van wie 6 weken zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, houdt na het opnemen van haar 4 weken vakantieverlof ex art. 7:634 BW nog maar twee weken van de schoolvakanties over. In die twee weken zou zij de niet-lesgebonden werkzaamheden moeten 'proppen' waarvoor haar

10 De Cgb heeft het oog op art. 2 van de (op 1 december 2001 ingetrokken) wet van 6 juni 1991, *Stb.* 347.

11 Dat zwangerschap niet gelijk te stellen is met ziekte werd beslist in HvJ EG 14 juli 1994 (Webb/Emo Air Cargo), C-32/93, *Jur. EG* 1994 blz. I-3567, rov. 25.

12 Volgens vaste rechtspraak is sprake van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties: o.m. HvJ EG 30 juni 1998, *NJ* 1999, 476 (Brown/Rentokil), rov. 30.

13 In hoger beroep is subsidiair wel een beroep op de Zwangerschapsrichtlijn gedaan: zie MvG onder 19 en de reactie van de Stichting bij MvA blz. 5.

14 Zie: art. I-R203 lid 3 RpbO.

mannelijke collega's acht weken (12 weken schoolvakantie min 4 weken wettelijk vakantieverlof) ter beschikking hebben. Het is om deze reden denkbaar dat een lerares, van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakantie, niets tekort komt aan vakantieverlofdagen in de zin van art. 7:634 BW en tóch nadeel ondervindt ten gevolge van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in vergelijking met mannelijke leerkrachten, minder tijd krijgt om haar niet-lesgebonden taken te verrichten, *met andere woorden*: minder 'vakantieverlof' krijgt in de betekenis die art. I-C2 lid 1 RpbO daaraan geeft. Dit voert mij tot de slotsom dat, óók bij het slagen van onderdeel 6, verwijzing zal moeten volgen.

2.21. Na verwijzing zal moeten worden onderzocht of inderdaad sprake is van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden.¹⁵ Aantekening verdient dat een dergelijke benadeling op uiteenlopende wijzen kan worden opgeheven. Het is mogelijk om door het toekennen van extra vrije dagen buiten de schoolvakanties het nadeel op te heffen (dan zou de vordering toewijsbaar zijn). Het is in beginsel ook denkbaar dat een dergelijke benadeling wordt weggenomen door de desbetreffende lerares in de rest van het jaar zodanig te ontlasten van haar niet-lesgebonden werkzaamheden dat zij reëel toekomt aan het opnemen van haar vakantieverlofdagen en aan haar 10 % tijd voor deskundigheidsbevordering (voor een full-timer: 166 uur per jaar): dan is er geen behoefte meer dan compensatie. Partijen hebben zich tot dusver slechts in algemene termen uitgesproken over de vraag of de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof in mindering komt op de normjaartaak van de lerares.¹⁶

2.22. Op basis van de thans vastgestelde feiten kon de rechtbank m.i. niet komen tot haar oordeel dat hier van discriminatie sprake is. Art. I-C2 lid 1 RpbO is op zichzelf seksneutraal: mannelijke en vrouwelijke leerkrachten hebben gelijkelijk recht op verlof gedurende de schoolvakanties. Van een *direct* onderscheid tussen mannen en vrouwen is geen sprake. In zoverre acht ik de klacht van onderdeel 5 a gegrond. Indien de rechtbank heeft bedoeld dat sprake is van een *indirect* onderscheid dat door wetsduiding (art. 7:646 lid 5 BW) als 'direct onderscheid' moet worden gekwalificeerd, acht ik de klacht van onderdeel 5 b gegrond. De rechtbank heeft in dat geval niet aangegeven in welk opzicht er sprake is van discriminatie en heeft de in het onderdeel bedoelde stellingen van de Stichting zonder toereikende redengeving gepasseerd. Subonderdeel 5 onder d behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak naar het hof van het ressort.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerster in cassatie – verder te noemen: de lerares – heeft bij exploit van 26 mei 1999 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de Stichting – gedagvaard voor de Kantonrechter te Utrecht en gevorderd:

i. te verklaren voor recht dat de vastgestelde vakantiedagen die samenvallen met het zwangerschaps- en bevallingsverlof van de lerares (in totaal 6 weken) niet worden aangemerkt als vakantiedagen;

ii. te verklaren voor recht dat de lerares het recht heeft de onder sub I bedoelde vakantiedagen buiten de periode van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof en buiten de vastgestelde schoolvakanties op te nemen;

iii. de Stichting te veroordelen er aan mee te werken dat de lerares de wegens haar zwangerschaps- en bevallingsverlof niet genoten vakantiedagen, met behoud van salaris, aansluitend aan haar bevallingsverlof, althans op een ander in overleg te bepalen tijdstip gelegen buiten de vastgestelde schoolvakanties, op kan nemen en de lerares zulks binnen 14 dagen na het te dezen te wijzen vonnis schriftelijk te bevestigen, op straffe van verbeurte van een dwangsom. De Stichting heeft de vorderingen bestreden.

De Kantonrechter heeft bij vonnis van 31 mei 2000 de vordering afgewezen.

Tegen het vonnis van de Kantonrechter heeft de lerares hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Utrecht.

Bij vonnis van 2 mei 2001 heeft de Rechtbank het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de lerares alsnog toegewezen.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak naar het Hof van het ressort.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De lerares is op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst van de Stichting. Op deze arbeidsovereenkomst zijn, naast de bepalingen van titel 10 van boek 7 BW, de overige voorwaarden bij de akte van benoe-

¹⁵ Zie over dit onderwerp: M. Vegter, Zwangerschap en discriminatie, *Nemesis* 2000, blz. 118 e.v. (met een reactie van C. Tobler in *Nemesis* 2001, blz. 121 e.v.); H.S.C. Crebolder, Gelijke rechten voor zwangere werknemers?, *ArbeidsRecht* 1999/4 blz. 4 e.v.

¹⁶ Vgl. MvA blz. 5: 'Het zwangerschapsverlof wordt van de normjaartaak afgetrokken en gaat derhalve niet ten koste van het vakantieverlof zoals appellante stelt'. Zie ook middelonderdeel 5 onder b.

ming, de titels I, III en IV van het Rechtspositiebepsluit Onderwijspersoneel (RpbO) en de Raamovereenkomst primair onderwijs 1998-2000 van toepassing.

(ii) De lerares is benoemd als groepsleerkracht aan een basisschool te Woerden die onder het bevoegd gezag van de Stichting valt.

(iii) Gedurende het tijdvak van 17 mei 1999 tot 6 september 1999 heeft de lerares zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten. In dit tijdvak vielen zes weken schoolvakantie.

(iv) Het RpbO kent geen regeling voor compensatie bij het samenvallen van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties. De lerares heeft niet ermee ingestemd dat de Stichting de periode van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof die met de schoolvakanties samenvalt aanmerkt als vakantieverlof.

3.2. De lerares heeft een verklaring voor recht gevorderd, zakelijk inhoudend dat de dagen van de schoolvakantie die met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen niet als genoten vakantieverlof behoren te worden aangemerkt en dat zij het recht heeft die dagen alsnog op te nemen buiten de schoolvakanties. Daarnaast vorderde de lerares dat aan de Stichting wordt gelast om aan dit laatste medewerking te verlenen op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.3. Aan haar vorderingen heeft de lerares primair ten grondslag gelegd dat ingevolge art. 7:636 (oud) in verbinding met 7:645 (oud) BW de dagen waarop zij zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten niet zonder haar instemming door de Stichting mogen worden aangemerkt als vakantieverlof. Subsidiar heeft zij aangevoerd dat, door het ontbreken van compensatie, de Stichting in haar arbeidsvoorwaarden een door art. 7:646 (oud) BW verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt. Het ontbreken van compensatie raakt alleen vrouwelijke, geen mannelijke leerkrachten. Wanneer een zwangerschaps- en bevallingsverlof dat gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakanties niet wordt gecompenseerd buiten de schoolvakanties, hebben vrouwelijke werknemers in verband met hun zwangerschap en bevalling per saldo minder vakantieverlof dan hun mannelijke collega's.

3.4. De Stichting heeft met betrekking tot de primaire grondslag van de vordering als verweer aangevoerd, kort samengevat, dat art. I-C2 RpbO niet inhoudt dat aan de lerares een bepaald aantal vakantieverlofdagen per jaar toekomt. Nu over vakantieverlofdagen tussen partijen niets is overeengekomen, wordt het aantal vakantieverlofdagen waarop de lerares aanspraak heeft bepaald door het wettelijk minimum van art. 7:634 BW. De twaalf weken schoolvakantie bieden, ook na aftrek van de zes weken waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met een schoolvakantie, voldoende ruimte voor de lerares om de vier weken vakantieverlof op te nemen waarop art. 7:634 BW haar recht geeft. Met betrekking tot de subsidiaire grondslag van de

vordering heeft de Stichting betwist dat er sprake is van een verboden onderscheid.

3.5. De Kantonrechter heeft de vordering afgewezen. De Rechtbank heeft de vorderingen toewijsbaar geoordeeld op de primaire grondslag, ten overvloede geoordeeld dat de vorderingen ook op de subsidiaire grondslag toewijsbaar zijn, en met vernietiging van het vonnis van de Kantonrechter de vorderingen toegewezen. Hier tegen keert zich het middel.

3.6.1. Onderdeel 1 klaagt dat de Rechtbank door in rov. 4.8 te oordelen – zakelijk weergegeven – dat het RpbO een regeling van lagere orde is dan het BW, heeft miskend dat de vakantieaanspraak van leraren in het primair onderwijs niet door het BW, maar op grond van de Wet van 2 april 1998, *Stb.* 1998, 228, houdende de Wet op het primair onderwijs (hierna: WPO), door het RpbO wordt geregeld, althans dat de vakantieregeling in het BW moet worden gehanteerd in overeenstemming met de regeling in het RpbO.

3.6.2. Bij de beoordeling van het onderdeel moet het volgende worden vooropgesteld. Titel II, afdeling 1, WPO stelt regels voor het openbaar basisonderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder basisonderwijs. Art. 33 lid 2 WPO bepaalt, voor zover hier van belang, dat voor leraren in het basisonderwijs bij of krachtens amvb voorschriften worden vastgesteld omtrent onder meer vakantie, aanspraken op salaris in geval van ziekte of ongeval, ontslaguitkeringen, alsmede omtrent andere rechten en verplichtingen. De desbetreffende amvb is het RpbO (KB van 28 februari 1985, *Stb.* 110, nadien herhaaldelijk gewijzigd). Met betrekking tot vakantieverlof voor onderwijzend personeel bepaalt art. I-C2 lid 1 RpbO: 'Tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, geniet de betrokkene gedurende de schoolvakanties dan wel de periode waarin de instelling geen onderwijs verzorgt of examens afneemt, vakantieverlof met behoud van bezoldiging.' Leraren in het basisonderwijs worden aangesteld door het bevoegd gezag. Voor het openbaar basisonderwijs geldt in beginsel het college van b en w als bevoegd gezag (art. 1 onder d WPO). Hier is sprake van een eenzijdige aanstelling. De rechtspositie van leraren in het openbaar basisonderwijs wordt rechtstreeks beheerst door het RpbO. Voor het bijzonder basisonderwijs is het bevoegd gezag een rechtspersoon als bedoeld in art. 55 WPO. In dit geval is dat de Stichting. De rechtspositie van leraren in het bijzonder basisonderwijs wordt niet rechtstreeks, maar indirect beheerst door het RpbO. Ingevolge art. 59 WPO moet de akte van benoeming van een leraar in het bijzonder basisonderwijs tenminste bepalingen bevatten van gelijke inhoud als vastgesteld in het RpbO. Aldus wordt gewaarborgd dat de rechtspositie van leraren in het bijzonder basisonderwijs niet minder is dan die van leraren in het openbaar basisonderwijs.

3.6.3. Nu een leraar in het bijzonder basisonderwijs werkzaam is op grond van een gewone arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en nu

noch art. 7:615 BW noch enige andere wettelijk bepaling zodanige leerkrachten uitzondert van de toepasselijkheid van titel 10 van Boek 7 BW, brengt dit mee dat voor deze leraren de dwingendrechtelijke bepalingen van titel 7.10 niet opzijgezet kunnen worden door bepalingen van het RpbO. Dat geldt dus ook voor de dwingendrechtelijke bepalingen van de art. 7:634-644 BW inzake vakantie en verlof. In zoverre faalt onderdeel 1.

Ook voor een lerares in het bijzonder basisonderwijs geldt derhalve dat de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:636 (oud) BW eraan in de weg staat dat de dagen waarop zij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschaps- of bevallingsverlof, zonder haar instemming kunnen worden aangemerkt als genoten vakantie(verlof). Voor zover onderdeel 1 uitgaat van een andere opvatting, faalt het derhalve evenzeer.

Opmerking verdient nog dat het ingevolge het bij de wetten van 30 november 2000, *Stb.* 545 en 546, gewijzigde en op 1 februari 2001 in werking getreden art. 7:636 (nieuw) zonder meer niet is toegestaan zulke dagen aan te merken als genoten vakantie(verlof).

3.7. Onderdeel 2 betoogt dat de Rechtbank heeft miskend dat het RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt en/of dat het RpbO niet het aantal vakantiedagen garandeert. Het RpbO regelt niet meer, aldus het onderdeel, dan dat het verlof moet worden genoten gedurende de schoolvakanties.

Het onderdeel is gegrond. Aangenomen moet worden dat, zoals ook de Centrale Raad van Beroep als hoogste bestuursrechter in een door een lerares, werkzaam in het openbaar onderwijs, aangespannen zaak heeft geoordeeld (CRvB 17 mei 2001, *JB* 2001, 217), art. I-C2 lid 1 RpbO niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. Deze bepaling voorziet slechts in een specifieke, los van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven – te weten: gedurende de schoolvakanties – vakantieverlof wordt genoten.

Opmerking verdient nog dat, hoewel art. I-C2 RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt, dit niet tot gevolg heeft dat de lerares geen recht heeft op een bepaald aantal vakantiedagen per jaar. Art. 7:634 BW houdt immers in dat de werknemer recht heeft op een minimumvakantieaanspraak. Van dat recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Ingevolge art. 7:634 bedraagt dat minimum bij een voltijdsbetrekking twintig werkdagen per jaar. In het onderhavige geval is niet gesteld dat een groter aantal vakantiedagen per jaar is overeengekomen dan het wettelijk minimum. Gelet op de spreiding en duur van de schoolvakanties is aannemelijk dat de lerares, ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, deze twintig dagen vakantie zal kunnen opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. In de

onderhavige zaak moet in cassatie trouwens als in hoger beroep niet bestreden ervan uitgegaan worden dat de lerares in 1999 gedurende zes weken vakantieverlof heeft genoten.

3.8. De gegrondbevinding van onderdeel 2 brengt mee dat de onderdelen 3 en 4 geen behandeling behoeven en dat thans aan de orde komen de onderdelen 5 en 6 die betrekking hebben op de subsidiaire grondslag. Te dien aanzien heeft de Rechtbank geoordeeld dat het RpbO, bij gebreke van een compensatieregeling, direct onderscheid maakt tussen vrouwen en mannen en dat het RpbO op deze grond in strijd is met art. 7:646 BW en op dit punt buiten toepassing dient te blijven (rov. 4.13).

3.9. Art. I-C2 lid 1 RpbO is sekseneutraal: mannelijke en vrouwelijke leerkrachten hebben gelijkelijk recht op vakantieverlof gedurende de schoolvakanties. Zoals reeds in 3.7 is overwogen is aannemelijk dat de lerares, ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, de haar toekomende vakantie kan opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. In zoverre is geen sprake van een verboden onderscheid als in art. 7:646 bedoeld.

Gelet op de uiteenzetting in de conclusie van de Advocaat-Generaal in de zaak C01/193 onder 3.9 en 3.10, in welke zaak eveneens heden uitspraak is gedaan, moet worden aangenomen dat leerkrachten in het basisonderwijs, bij een fulltimewerkweek (ook) tijdens de schoolvakanties (geacht worden te) werken aan niet-lesgebonden taken, met name deskundigheidsbevordering. Denkbaar is dat een lerares van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof (gedeeltelijk) samenvalt met (een) schoolvakantie(s), toch een zodanig nadeel ondervindt dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een door art. 7:646 lid 1 in verbinding met lid 5 BW verboden onderscheid in arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in verband met de door haar (gedeeltelijk) gedurende schoolvakanties genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof gedurende de (resterende) schoolvakanties minder tijd heeft voor haar niet-lesgebonden werkzaamheden, met name in het kader van deskundigheidsbevordering, dan haar mannelijke collega's.

3.10. Het in 3.9 overwogene leidt tot de slotsom dat van een direct onderscheid als bedoeld in art. 7:646 lid 5, eerste volzin, geen sprake is. Voor zover de Rechtbank evenwel heeft geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid dat door wetsduiding, namelijk art. 7:646 lid 5, tweede volzin, als direct onderscheid moet worden gekwalificeerd, heeft de Rechtbank haar oordeel niet toereikend gemotiveerd. Immers, de Rechtbank heeft niet aangegeven in welk opzicht sprake is van een zodanige discriminatie en heeft voorts de in onderdeel 5b bedoelde stellingen zonder toereikende redengeving gepasseerd.

3.11. De op het in 3.10 overwogene gerichte klachten van de onderdelen 5 en 6 zijn derhalve gegrond. Voor het overige behoeven deze onderdelen geen behandeling meer. Na verwijzing zal

moeten worden onderzocht of sprake is van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden als bedoeld in 3.10, tweede volzin. Aantekening verdient nog hetgeen in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.21 is opgemerkt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Utrecht van 2 mei 2001;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de lerares in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Stichting begroot op €372,61 aan verschotten en €1590 voor salaris.

Nr. 222

HOGE RAAD

9 augustus 2002, nr. C01/244HR

(Mrs. R. Herrmann, J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein, P.C. Kop; A-G Langemeijer; m.nt. GHvV)

RvdW 2002, 134

JOL 2002, 441

Compensatie voor leerkrachten in beroepsonderwijs bij samenvallen van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties? Regeling vakantie bij CAO aansluitend bij Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel; uitleg CAO. Toepasselijkheid titel 7:10 BW: minimum vakantie-aanspraak; verboden (indirecte) discriminatie naar geslacht?

Op de gronden vermeld in de conclusie van de A-G moet worden geoordeeld dat art. I-C2 RpbO in de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is en dat de uitleg van deze in de betrokken CAO van toepassing verklaarde bepaling in cassatie op juistheid kan worden getoetst. Dagen waarop de werkneemster de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschaps- of bevallingsverlof konden ingevolge art. 7:636 (oud) BW slechts met instemming van de werkneemster door de werkgever worden aangemerkt als vakantie. Die instemming is niet verkregen. Ingevolge art. 7:645 BW mag van art. 7:636 (oud) BW niet worden afgeweken, zelfs niet bij CAO. Overigens zelfde beslissing als in de hiervoor gepubliceerde zaak met rolnummer C01/247.

In deze door een lerares in het beroepsonderwijs aangespannen zaak gaat het om de vraag of haar werkgeefster (de Stichting) in strijd met art. 7:646 BW onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt door zwangerschap en bevalling gelijk te stellen met ziekte en haar geen compensatie te verschaffen voor de dagen waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met de schoolvakantie. De Stichting heeft betwist dat er sprake is van verboden onderscheid. Zij heeft aangevoerd dat de toepasse-

lijke CAO BVE met betrekking tot het onderwijsgevend personeel verwijst naar art. I-C2 van het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (hierna: RpbO). Volgens de vakantieregeling in art. I-C2 RpbO heeft een leerkracht geen aanspraak op een vast aantal vakantieverlofdagen; er is evenmin sprake van opbouw van vakantieverlofdagen. Ook overigens is de Stichting van mening dat van een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen geen sprake is. De Rechtbank achtte in hoger beroep de vordering van de lerares toewijsbaar. In het door de Stichting ingestelde principaal cassatieberoep is onder meer aan de orde of art. I-C2 RpbO in de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is en of de uitleg van deze in de CAO BVE van toepassing verklaarde bepaling in cassatie op juistheid kan worden getoetst. Voorts zijn dezelfde kwesties aan de orde als in de hiervoor gepubliceerde zaak met rolnummer C01/247. In het incidenteel cassatieberoep komt de vraag aan de orde of de regel van art. 7:636 (oud) BW geldt wanneer in de vaststelling van de vakantie wordt voorzien bij collectieve arbeidsovereenkomst.

Het middel in het incidentele beroep slaagt op de gronden vermeld in de conclusie van de A-G. Uit de conclusie: Art. 7:636 BW gaat over het materiële recht op vakantieverlof. Wanneer de werkneemer recht heeft op een bepaald aantal dagen vakantieverlof per jaar – dat kan zijn: het wettelijk minimum van art. 7:634 BW òf een groter aantal dagen dat bij collectieve arbeidsovereenkomst dan wel individueel is overeengekomen –, geldt de regel van art. 7:636 BW. Dagen waarop de werkneemster de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschaps- of bevallingsverlof (in casu dertien dagen) konden ingevolge art. 7:636 (oud) BW slechts met instemming van de werkneemster door de werkgever worden aangemerkt als vakantie. Die instemming is niet verkregen. Ingevolge art. 7:645 BW mag van art. 7:636 (oud) BW niet worden afgeweken, zelfs niet bij c.a.o. Voor zover de Rechtbank van oordeel mocht zijn geweest dat de regeling bij c.a.o., die naar art. I-C2 RpbO verwijst, beschouwd dient te worden als een vorm van instemming bij voorbaat van de lerares met het aanmerken van deze bedoelde dertien dagen als vakantie, acht ik dat oordeel onjuist. Van de door art. 7:636 (oud) jo. 7:645 BW beoogde bescherming zou weinig overblijven indien de verwijzing in de c.a.o. naar art. I-C2 RpbO reeds voldoende geacht zou worden om bij voorbaat (voor alle eventuele zwangerschaps- en bevallingsverloven tijdens de looptijd van de collectieve arbeidsovereenkomst) het recht op compensatie prijs te geven.

In het principale beroep geldt het volgende. Op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal moet worden geoordeeld dat art. I-C2 RpbO in de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is en dat de uitleg van deze in de CAO BVE van toepassing verklaarde bepaling in cassatie op juistheid kan worden getoetst (vgl. HR 15 juni 1984, NJ 1984, 682, rov. 3.2). Uit de conclusie: Anders dan in de eveneens bij de Hoge Raad aanhangig gemaakte zaken over het basison-

derwijs (zie de hiervoor gepubliceerde zaak), gaat het in dit geval om een leerkracht in het bijzonder beroepsonderwijs. Krachtens art. 1.3.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) hebben de regionale opleidingscentra aanspraak op een bekostiging uit 's Rijks kas, althans voor zover het beroepsopleidingen betreft ten aanzien waarvan de minister van O. C. en W. heeft bepaald dat deze in dat jaar voor bekostiging in aanmerking komen. In deze wet wordt onderscheid gemaakt tussen openbare en bijzondere instellingen van onderwijs (art. 1.1.1 WEB). De rechtspositie van leerkrachten in het beroepsonderwijs wordt geregeld in het Kaderbesluit rechtspositie BVE, dat op art. 4.1.2 WEB is gebaseerd. Artikel 11 van het Kaderbesluit stelt vast dat de bepalingen in dit besluit regels zijn voor het openbaar onderwijs en tevens voorwaarden voor de bekostiging van het bijzonder onderwijs. Artikel 13 houdt in dat met ingang van het tijdstip waarop het Kaderbesluit voor de onderscheiden instellingen in werking treedt, het RpbO geen toepassing meer vindt op die instellingen en het daaraan benoemde personeel. Blijkens de toelichting strekt het Kaderbesluit ertoe de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk te decentraliseren. Het Kaderbesluit bevat daarom slechts een beperkt aantal voor iedere instelling van beroepsonderwijs geldende voorschriften. Voor het overige dienen de arbeidsvoorwaarden in de sector beroepsonderwijs te worden vastgesteld in de (collectieve) arbeidsovereenkomsten. Het Kaderbesluit rechtspositie BVE bevat geen bepaling over de omvang van het vakantieverlof. Derhalve is de bepaling van het aantal vakantieverlofdagen overgelaten aan de werkgevers- en werknemersorganisaties die over de c.a.o. onderhandelen, zulks met inachtneming van het wettelijk minimum van art. 7:634 BW. Art. I-C2 RpbO, dat door de voordeur van het Kaderbesluit rechtspositie BVE eruit was gezet, komt via de achterdeur van deze c.a.o. dus weer binnen in de rechtsverhouding tussen de lerares en de Stichting. Waar partijen art. I-C2 RpbO tot onderdeel van de arbeidsovereenkomst hebben gemaakt in de zin waarin dit artikel als wettelijke regeling moet worden verstaan, is de uitleg van het in de c.a.o. toepasselijk verklaarde art. I-C2 RpbO vatbaar voor toetsing in cassatie. Voor het overige overwoog de Hoge Raad als in de hiervoor gepubliceerde zaak.

(BW (oud) art. 7:636, 645, 646; BW art. 7:615, 634-644; Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel art. I-C2; Wet op het primair onderwijs art. 59)

Stichting Regionaal Opleidingen Centrum Zeeland, te Vlissingen, eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep, adv. mr. A.G. Castermans,

tegen

Ineke Dekker, te Veere, verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep, adv. mr. R.A.A. Duk.

Rechtbank:

3. De beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1. De grieven richten zich niet tegen de feiten zoals die door de kantonrechter zijn vastgesteld in rechtsoverwegingen 1.1 tot en met 1.4 van zijn tussenvonnis d.d. 6 september 1999. De rechtbank gaat in hoger beroep dan ook uit van de feiten zoals die door de kantonrechter zijn vastgesteld.

3.2. De eerste grief slaagt. De kantonrechter is ten onrechte uitgegaan van de regeling in art. 7:638 BW. Zoals Dekker zelf heeft gesteld en door ROC Zeeland niet is betwist zijn op haar arbeidsovereenkomst de bepalingen van de CAO voor beroepsonderwijs en volwasseneneducatie van toepassing. In die CAO is opgenomen dat de vakantieregeling van het RpbO (Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel) van toepassing blijft. De vakantieperioden worden dus niet zoals in de regeling van art. 7:638 BW, bepaald door de individuele werkgever. Aan de instemming bedoeld in art. 7:636 BW wordt dan ook niet toegekomen.

Het slagen van de grief heeft niet tot gevolg dat het vonnis van de kantonrechter vernietigd moet worden. Daarvoor is van belang hetgeen hierna ten aanzien van grieven 2 en 3 wordt overwogen.

3.3. De tweede grief betreft de kern van het geschil. Dekker stelt dat het gaat om haar recht op vakantie als werkneemster en verder dat ten onrechte, namelijk in strijd met Europese en Nederlandse regelgeving, ziekte en zwangerschap gelijk worden gesteld.

ROC Zeeland legt de nadruk op de koppeling van de vakantie met de schoolvakanties, de vakanties van de leerlingen. ROC Zeeland stelt dan ook dat er geen recht op vakantie is. Er is een periode waarin van de leerkracht geen werkzaamheden worden gevergd en die periode wordt vakantie genoemd. Een onmogelijkheid die vakantie te genieten in die periode, zoals ten gevolge van ziekte of zwangerschap, geeft ingevolge de CAO geen recht op compensatie. De vakantieregeling verwoordt volgens haar een instellingsbelang.

3.4. De rechtbank overweegt als volgt. De overeenkomst tussen Dekker en ROC Zeeland is een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst waarop van toepassing zijn het Burgerlijk Wetboek, de CAO en het RpbO. In het RpbO is als vakantieregeling opgenomen onder art. I-C2: 'Tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald geniet de betrokkene gedurende de schoolvakanties dan wel de periode waarin de instelling geen onderwijs verzorgt of examens afneemt, vakantieverlof met behoud van bezoldiging'. Deze formulering lijkt erop te duiden dat een werkneemster als Dekker geen vakantie-rechten heeft maar dat er bepaalde periodes zijn waarop zij niet hoeft te werken (verlofperiode). Daarmee zou de regeling in strijd komen met de

* Zie ook *NJB* 2002, p. 1671 en *JAR* 2002/207; red.

dwingendrechtelijke bepalingen van het Burgerlijk Wetboek waarin is opgenomen dat iedere werknemer recht heeft op vakantie. In het licht van deze wettelijke bepalingen moet de vakantie-regeling in het RpbO zo worden begrepen dat Dekker vakantierechten heeft en dat zij daar in beginsel in de voorgeschreven periodes van de schoolvakanties gebruik van moet maken.

3.5. Het zwangerschaps- en bevallingsverlof van Dekker duurde zestien weken. In die periode vielen dertien schoolvakantiedagen. Door deze dagen niet alsnog te mogen opnemen mist zij dus vakantiedagen. Praktisch gezien valt in een periode van zestien weken zwangerschaps- en bevallingsverlof altijd een schoolvakantieperiode.

3.6. De CAO noch het RpbO bevat een compensatieregeling in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof. Het ontbreken van zo'n compensatieregeling werkt discriminerend ten opzichte van vrouwen. Immers, verlof wegens bevalling doet zich alleen bij vrouwen voor. Door van dit verlof gebruik te maken krijgen zij minder vakantiedagen dan hun mannelijke collega's.

3.7. Deze discriminatie is ongeoorloofd. De EEG-Richtlijn 76/207, de WGB (Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen) en de AWGB (Algemene wet gelijke behandeling) beogen een gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bewerkstelligen. Artikel 1 WGB onderscheidt tussen directe en indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen. Onder 'direct onderscheid' wordt dan mede verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Dit directe onderscheid in het RpbO is dus ongeoorloofd.

3.8.1. ROC Zeeland beroept zich verder op ongeschreven rechtvaardigingsgronden. De eerste is de aard van het werk. De aanstelling en de arbeidsvoorwaarden zijn volledig afgestemd op de aanwezigheid van de leerlingen.

De rechtbank verwerpt het beroep op deze rechtvaardigingsgrond. Het is begrijpelijk dat de arbeidsvoorwaarden zijn afgestemd op het zoveel mogelijk laten samenvallen van de aanwezigheid van onderwijzend personeel en leerlingen en dat tengevolge daarvan deze ook tegelijkertijd vakantie hebben. Een dergelijke afstemming kan echter geen afbreuk doen aan een recht op vakantie. Omdat er ook diverse andere mogelijkheden zijn waardoor de aan- of afwezigheid van leerkrachten niet altijd samenvalt met die van de leerlingen (bijvoorbeeld ten gevolge van bijzonder verlof) is dit op zichzelf onvoldoende zwaarwegend om een leerkracht een vakantierecht te ontnemen.

3.8.2. De tweede is dat er nog een groot aantal verlofdagen resteert.

Uitgaande van een recht op vakantie zoals dat thans in het RpbO is geformuleerd en gelezen als overwogen onder rechtsoverweging 3.4 van dit vonnis, is dat geen steekhoudend argument. Er moet op basis van deze regeling vanuit worden gegaan dat, onafhankelijk van de omvang van het dienstverband en onafhankelijk van de opbouw van vakantierechten, het onderwijzend personeel

recht heeft op vakantie gedurende de volle vakantieperiode, ook al is er waarschijnlijk geen sprake van volledig op basis van de omvang van het dienstverband opgebouwde rechten. Aangezien echter niet geregeld is dan wel overeengekomen is welk deel van het te genieten vakantieverlof voortvloeit uit opgebouwde rechten en welk deel voortvloeit uit de omstandigheid dat de school gesloten is, dient de regeling zoals die thans is in het voordeel van Dekker uitgelegd te worden.

3.8.3. De derde is dat de financiering van het onderwijs niet op de kosten van vervanging is ingesteld.

De omstandigheid dat het ROC Zeeland geen rekening heeft gehouden, of in breder verband bij de financiering van het onderwijs geen rekening is gehouden, met de rechten van vrouwelijke werknemers mag niet ten nadele van die werknemers werken. De hiervoor onder 3.7 genoemde regelgeving bestaat al lang en er had dus wel rekening mee gehouden kunnen worden. Bovendien is de aanspraak op compensatie van beperkte omvang. De rechtbank verwerpt dus ook deze grond.

3.8.4. De vierde grond is de krapte op de arbeidsmarkt.

Ook dit is een onvoldoende rechtvaardiging. Het gaat in het geval van Dekker maar om een betrekkelijk korte verlofperiode die volgt op een periode dat er toch al vervangen wordt in verband met het zwangerschaps- en bevallingsverlof. Bovendien gaat die omstandigheid, de krapte op de arbeidsmarkt, de individuele werknemer niet aan en deze kan niet in haar nadeel werken.

3.8.5. De vijfde grond is dat de werknemer al recht heeft op het maximale zwangerschaps- en bevallingsverlof, in plaats van het minimum.

Deze stelling van de ROC Zeeland komt erop neer dat wat met de ene hand is gegeven, het zwangerschaps- en bevallingsverlof, met de andere hand weer wordt teruggenomen in de vorm van beperking van het vakantieverlof. Reeds daarom kan dit geen rechtvaardiging opleveren.

3.8.6. De zesde grond is de stelling dat sprake is van positieve discriminatie van Dekker. Deze stelling hangt nauw samen met de uitleg van de vakantie-regeling door de ROC Zeeland. De rechtbank deelt die uitleg van de ROC Zeeland niet zoals uit het hier voorgaande blijkt. Zij verwerpt dan ook deze aangevoerde rechtvaardigingsgrond.

3.9. Het ROC Zeeland doet tot slot nog een beroep op de redelijkheid. Daarbij herhaalt het de argumenten die ook dienden ter rechtvaardiging van het ontbreken van de compensatiemogelijkheid. Op dezelfde gronden als hierboven wordt ook dit beroep verworpen.

3.10. Alleen de eerste grief slaagt, maar dat leidt niet tot vernietiging van tussen- en eindvonnis omdat de rechtbank het eindoordeel van de kantonrechter deelt en in het tussenvonnis geen eindoordeel over de toepasselijkheid van de regeling in het Burgerlijk Wetboek was gegeven.

De overige grieven worden verworpen.
 Het ROC Zeeland wordt veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.
 (enz.)

Principaal cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt omdat de rechtbank heeft overwogen als in het bestreden vonnis is geschied, zulks ten onrechte, om in het navolgende uiteengezette, zonodig in verband met elkaar te lezen redenen:

Inleiding

a. De rechtspositie van leraren in het volwassenonderwijs werd tot 1 augustus 1986 geregeld bij het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO; de einddatum is geregeld in art. 14 lid 1 Kaderbesluit rechtspositie Bve van 23 juli 1996; *S&f* 97-II). Sindsdien draagt het bevoegd gezag van personeel in instellingen voor educatie en beroepsonderwijs zorg voor de rechtspositie van zijn personeel (art. 4.1.2 Wet educatie en beroepsonderwijs). In deze procedure is de rechtspositie, althans in de relevante periode, geregeld in de CAO Bve 1998-1999. Krachtens artikel F-13 van de CAO is het RpbO evenwel bepalend gebleven voor de vakantieregeling van het onderwijsgevend personeel.

b. Ingevolge artikel I-C2 lid 1 RpbO geniet een leraar, tenzij anders is bepaald, gedurende de schoolvakanties dan wel de periode waarin de school geen onderwijs verzorgt, vakantieverlof met behoud van bezoldiging. Deze regeling voorziet niet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. In het belang van het onderwijs is voorzien in een specifieke, los van de omvang en van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven vakantieverlof wordt genoten. Dit betekent niet alleen dat in het onderwijs als regel meer vakantieverlof wordt genoten dan voor werknemers en ambtenaren in het algemeen gebruikelijk is, maar ook dat het in beginsel niet mogelijk is vakantie op te nemen en te genieten buiten de genoemde perioden (de schoolvakanties). Het vakantierecht zoals geregeld in het RpbO bestaat dan ook niet uit plusminus 60 vakantiedagen – ongeacht de omvang van de betrekking –, maar uit niet meer en niet minder dan het genieten van verlof gedurende de schoolvakanties. Met andere woorden: in het onderwijs bestaat geen recht op een gegarandeerd aantal vakantiedagen, maar wordt de leraar geacht vakantie te genieten tijdens de schoolvakanties. Zie: CRvB 17 mei 2001 (00/2598 AW); rov. 5.1.

c. Mevrouw Dekker is als stagedocent verbonden aan het ROC Zeeland. Zij genoot eind 1998 – begin 1999 zwangerschaps- en bevallingsverlof.

Het verlof viel voor een periode van 13 dagen samen met de kerst- en voorjaarsvakantie.

d. De vraag is of ROC Zeeland gehouden is in deze omstandigheden mevrouw Dekker in de gelegenheid te stellen buiten de schoolvakantie om dertien vakantiedagen op te nemen.

Klachten

1. De rechtbank interpreteert de artikelen F-13 CAO-Bve 1998-1999 en artikel I-C2 RpbO aldus dat het aantal dagen dat gemoeid is met de schoolvakanties in zijn geheel moet worden aangemerkt als vakantiedagen in de zin van het Burgerlijk Wetboek, aangezien niet geregeld of overeengekomen is welk deel van het te genieten vakantieverlof voortvloeit uit opgebouwde rechten en welk deel voortvloeit uit de omstandigheid dat de school is gesloten, en de regeling dientengevolge in het voordeel van mevrouw Dekker moet worden uitgelegd (rovv. 3.4 en 3.8.2). Deze interpretatie is rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd.

a. De rechtbank heeft miskend dat het RpbO niet de omvang van de vakantie-aanspraak bepaalt en/of dat het RpbO niet het aantal vakantiedagen garandeert. Zoals de Centrale Raad van Beroep heeft beslist, regelt het RpbO niet meer dan dat het verlof wordt genoten gedurende de schoolvakanties. Het aantal vakantiedagen dient met inachtneming van artikel 7:634 Burgerlijk Wetboek te worden vastgesteld.

b. De tekst van artikel F-13 CAO Bve 1998-1999 in verbinding met artikel I-C2 RpbO bevat juist aanknopingspunten om aan te nemen dat een schoolvakantiedag niet gelijk is aan een vakantiedag in de zin van het Burgerlijk Wetboek, althans dat de schoolvakanties ten volle kunnen worden aangemerkt als vakantiedagen in genoemde zin. Uit de tekst vloeit immers voort dat de regeling geen betrekking heeft op een vakantierecht, zoals de rechtbank ook overweegt in rechtsoverweging 3.4. Voorts is van belang dat artikel F-12 voor niet-onderwijsgevend personeel een aanspraak op vakantie bevat en artikel F-13 hiervan voor onderwijsgevend personeel afwijkt door het RpbO van toepassing te verklaren, onder de conditie dat de normjaartaak wordt gerealiseerd. In dit verband is relevant de stelling van het ROC Zeeland onder 'voorgeschiedenis' in de memorie van grieven dat de normjaartaak voor een deel in het vakantieverlof wordt vervuld. Tenslotte wijst het grote aantal schoolvakantiedagen en het uitdrukkelijk achterwege laten van een compensatieregeling (in tegenstelling tot de vakantieregeling voor ondersteunend en beheerspersoneel; art. F-14 CAO-Bve 1998-1999) erop dat een schoolvakantiedag niet gelijk staat aan een vakantiedag in de zin van het Burgerlijk Wetboek (in deze zin de Akte van ROC Zeeland van 1 november 1999, onder 2). Door anders te overwegen heeft de rechtbank onvoldoende gewicht toegekend aan de bewoordingen en de overige inhoud van de CAO en de regeling waarnaar artikel F-13 verwijst, althans onvol-

doende inzicht geboden in de gevolgde gedachtingang.

c. Ten onrechte verbindt de Rechtbank aan het feit dat het aantal vakantiedagen niet uitdrukkelijk is geregeld het gevolg dat de vakantie-regeling in de CAO en het RpbO in het voordeel van mevrouw Dekker moet worden uitgelegd, in deze zin dat een schoolvakantiedag gelijk staat aan een vakantiedag in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Uit het Burgerlijk Wetboek vloeit immers voort wat de omvang van de vakantie-aanspraak is, indien partijen een regeling achterwege hebben gelaten (artt. 7:634 BW; zie positum 10 mvg). Gelet op deze aanvullende bepaling is het rechtens onjuist de CAO en/of het RpbO uit te leggen op een wijze die afwijkt van de bewoordingen en de overige inhoud van de CAO.

d. Indien de Rechtbank heeft geoordeeld dat in de individuele rechtsverhouding tussen mevrouw Dekker en het ROC Zeeland eerstgenoemde aanspraak heeft op een aantal vakantiedagen in de zin van het Burgerlijk Wetboek dat overeenkomt met de schoolvakanties, is het oordeel van de Rechtbank onbegrijpelijk, gelet op het feit dat het oordeel in algemene termen is gegeven (rov.3.8.2: het onderwijzend personeel heeft aanspraak op vakantie gedurende de volle vakantieperiode) en het verweer van het ROC Zeeland dat sprake is van een grote hoeveelheid schoolvakantiedagen per jaar, in welk verband het algemeen bekend en overeengekomen is dat de vakantieperiodes vastgestelde tijdstippen van aanvang en einde hebben, met het oog op de continuïteit van het onderwijs (akte van ROC Zeeland, gedateerd 1 november 1999, onder 2).

2. De Rechtbank overweegt dat het ontbreken van een compensatieregeling in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof directe discriminatie oplevert tussen mannen en vrouwen (rovv.3.6 en 3.7). De door ROC Zeeland aangevoerde rechtvaardigingsgronden zijn stuk voor stuk onvoldoende bevonden (rov.3.8). De beslissing op dit punt is rechtens onjuist althans onbegrijpelijk.

a. De artikelen F-13 CAO Bve 1998-1999 en I-C2 RpbO zijn immers neutraal geformuleerd. Zie CRvB 17 mei 2001 (00/2598 AW); rov.7.2. Genoemde bepalingen behelzen geen onderscheid anders dan tussen onderwijsgevend en niet-onderwijsgevend personeel. De vakantie-regeling in het RpbO kent bovendien in het algemeen geen recht op compensatie, ook niet in geval van samenloop van vakantieverlof met andere vormen van verlof. In deze omstandigheden is het oordeel dat het ontbreken van een compensatieregeling direct onderscheid oplevert, rechtens onjuist althans onvoldoende gemotiveerd.

b. Indien het oordeel van de Rechtbank zo moet worden gelezen dat zij van oordeel is dat er sprake is van indirecte discriminatie, dan heeft zij ten onrechte niet, althans niet voldoende gemotiveerd onderzocht of de afwezigheid van de mogelijkheid van compensatie in geval van samenloop van vakantieverlof met enige andere

vorm van verlof tot resultaat heeft dat een groep werknemers wordt benadeeld die overwegend uit hetzelfde geslacht is samengesteld. Weliswaar heeft de rechtbank in rov.3.6 overwogen dat alleen vrouwen verlof genieten wegens bevalling, maar hiermee is nog niet gezegd dat vrouwen vaker dan mannen moeten ervaren dat vakantie-verlof samenvalt met enigerlei andere vorm van verlof. In dit verband heeft ROC Zeeland bij wijze van verweer de vraag opgeworpen hoe zou moeten blijken dat een aanzienlijk groter percentage vrouwen met het ontbreken van een compensatieregeling wordt geconfronteerd (conclusie van antwoord, positum 17) en heeft zij gesteld dat alle betrokkenen, zwangere maar ook niet zwangere vrouwen en mannen ongeacht of ze ziek zijn of niet, worden geacht gedurende de schoolvakanties vakantieverlof te genieten, ongeacht of dit verlof samenvalt met een ander verlof (memorie van grieven, positum 14).

c. Voorts heeft de rechtbank miskend dat – zoals is betoogd in onderdeel 1 van het cassatiemiddel – er geen sprake is van een aanspraak op vakantiedagen in de zin van het Burgerlijk Wetboek in de volle omvang van de schoolvakanties, zodat niet – althans niet zonder nadere motivering – als vaststaand kan worden aangenomen dat er sprake is van benadeling in de zin van Richtlijn 92/85 van de Raad der Europese gemeenschappen van 19 oktober 1992, Richtlijn 76/207 van de Raad van 9 februari 1976 en artikel 1 Wet Gelijke Behandeling. Vergelijk: CRvB 17 mei 2001 (00/2598 AW); rov.7.3 en 7.4. De verlofregeling van het RpbO bepaalt immers niet meer dan dat het onderwijsgevend personeel tijdens schoolvakanties vrij is gesteld van werkzaamheden met behoud van bezoldiging; gelet op het grote aantal schoolvakantiedagen per jaar (60) zou zelfs indien het zwangerschaps- en bevallingsverlof geheel samenvalt met de zomervakantie (6 weken; 30 dagen) een voldoende aantal schoolvakantiedagen resteren om het in artikel 7:634 Burgerlijk Wetboek bepaalde aantal vakantiedagen op te nemen. Als gevolg van het ontbreken van compensatie in geval van samenloop van vakantieverlof met zwangerschaps- en bevallingsverlof gaan dan ook geen rechten verloren.

d. Tenslotte behandelt de Rechtbank in de rechtsoverwegingen 3.8.1-3.8.6 een aantal rechtvaardigingsgronden. Daarbij heeft zij blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans haar oordeel onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank behandelt elk van de besproken gronden op zichzelf. Indien evenwel verschillende objectieve gronden ter rechtvaardiging van gemaakt onderscheid zijn aangevoerd, dienen deze in samenhang te worden beoordeeld. De rechtbank heeft daarbij althans miskend dat alle genoemde gronden – de continuïteit van het onderwijs, de omvang van het zwangerschaps- en bevallingsverlof mede in relatie tot het grote aantal resterende verlofdagen, de financiering van het onderwijs, de krapte op de arbeidsmarkt – of

enkele daarvan relevante omstandigheden zijn voor de beoordeling van de geschiktheid en noodzakelijkheid van het ontbreken van een compensatieregeling en dientengevolge niet als op zichzelf staand in beschouwing kunnen worden betrokken. In het bijzonder heeft de rechtbank er aan voorbij gezien dat de continuïteit van het onderwijs een groter gewicht kan worden toegekend, naar gelang de resterende vakantieverlof-periode groter is en de wettelijk in acht te nemen periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof langer duurt dan uit hoofde van de Europese regelgeving is voorgeschreven. Ook ziet de rechtbank er aan voorbij dat de wijze waarop het onderwijs is gefinancierd en/of de krapte op de arbeidsmarkt aan gewicht winnen, naar mate de vakantieverlof- en de zwangerschaps- en bevallingsverlof-periode langer duren.

Incidenteel cassatiemiddel:

Schending van het recht, inzonderheid art. 7:638 BW, doordat de Rechtbank heeft beslist als in rov. 3.2. verwoord en mede op grond daarvan heeft beslist;

ten onrechte in verband met het navolgende.

De instemming bedoeld in art. 7:636 BW is vereist in die gevallen waarop dat artikel betrekking heeft en derhalve, anders dan de Rechtbank miskent, óók als ingevolge art. 7:638 BW in de vaststelling van vakantie is voorzien bij collectieve arbeidsovereenkomst (of regeling door of namens een bestuursorgaan). Met de benadering die de Rechtbank kiest wordt, zonder (goede) grond, afbreuk gedaan aan de regel dat ziekte-dagen geen vakantiedagen zijn. Die regel, waarop slechts een uitzondering geldt bij instemming van de werknemer, te geven op het moment dat de mogelijkheid van het aanmerken van een ziekte-dag als vakantiedag zich voordoet (welk geval hier niet aan de orde is), kan (dan ook) worden ingeroepen *ongeacht* de wijze waarop de vakantiedagen in kwestie zijn vastgesteld.

3. Slaagt dit middel, dan heeft ROC Zeeland geen belang bij haar klachten in het principaal beroep.

Conclusie A-G mr. Langemeijer:

Deze zaak gaat over de vraag of een lerares in het bijzonder beroepsonderwijs, bij wie de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakantie, in de gelegenheid behoort te worden gesteld de niet-genoten vakantiedagen alsnog op te nemen buiten de schoolvakanties. In dit geding staat centraal de uitleg van de desbetreffende c.a.o.¹

Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:²

1.1.1. Verweerster in cassatie (hierna: de lerares) is in dienst bij eiseres tot cassatie (hierna: de Stichting). Op basis van een arbeidsovereenkomst is zij voor 27 uur per week werkzaam als docente,

aanvankelijk bij de rechtsvoorgangster van de Stichting en later bij de Stichting. Op de arbeidsovereenkomst is de c.a.o. voor het beroepsonderwijs en volwasseneducatie van toepassing.³

1.1.2. Van 11 november 1998 tot 8 maart 1999 heeft de lerares zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten. In deze periode vielen dertien schoolvakantiedagen⁴

1.1.3. Bij brief van 25 januari 1999 heeft de lerares de Stichting verzocht om het vakantieverlof dat met haar bevallingsverlof samenvalt (de Kerst- en de voorjaarsvakantie) in maart 1999 toe te voegen aan haar verlof. De Stichting heeft dit geweigerd. De lerares heeft op 8 maart 1999 haar werkzaamheden hervat.

1.2. De lerares heeft op 19 maart 1999 de Stichting gedagvaard voor de kantonrechter te Middelburg. Zij heeft primair gevorderd dat aan haar 13 verlofdagen worden toegekend, op te nemen in een door haar in overleg met de Stichting aan te wijzen periode, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom. Subsidiar heeft zij een schadevergoeding gevorderd van f 2225,21 (een bedrag dat overeenkomt met het brutoloon over dertien dagen).

1.3. Aan haar vorderingen heeft de lerares ten grondslag gelegd dat de Stichting in strijd met art. 7:646 BW onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt door zwangerschap en bevalling gelijk te stellen met ziekte en haar geen compensatie te verschaffen voor de dagen waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met de schoolvakantie. De lerares verwees naar het oordeel van de Commissie gelijke behandeling d.d. 10 december 1998.⁵

1.4. De Stichting heeft betwist dat er sprake is van verboden onderscheid. Zij heeft aangevoerd dat de C.a.o. BVE m.b.t. het onderwijsgevend personeel verwijst naar art. I-C2 van het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (hierna: RpbO).⁶ Volgens de vakantieregeling in art. I-C2 RpbO heeft een leerkracht geen aanspraak op een vast aantal vakantieverlofdagen; er is evenmin sprake van opbouw van vakantieverlofdagen. Ook overigens is de Stichting van mening dat van een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen geen sprake is.

1.5. Bij tussenvonnis van 6 september 1999

1 Hoewel het feitencomplex en de toepasselijke regelingen afwijken, vertoont het cassatiemiddel inhoudelijk verwantschap met de zaken C 01/193, 194 en 247 HR, waarin heden wordt geconcludeerd.

2 Zie rov. 3.1 van het bestreden vonnis, in samenhang met rov. 1.1-1.4 van het tussenvonnis van de kantonrechter.

3 Hierna: C.a.o. BVE. De C.a.o. BVE 1998-1999 is in eerste aanleg als prod. 1 bij CvE overgelegd. Ambtshalve ingewonnen informatie heeft geleerd dat de C.a.o. BVE 1998-1999 niet algemeen verbindend is verklaard.

4 Eigenlijk 3 weken, maar in de vordering zijn één Kerstdag en de nieuwjaarsdag niet meegerekend: vgl. rov. 8 eindvonnis kantonrechter.

5 Prod. 2 bij CvE. Cgb 10 december 1998, AB 1999, 256 m.nt. RH.

6 KB van 28 februari 1985, *Stb.* 110, nadien herhaaldelijk gewijzigd.

(rov.3.3) heeft de kantonrechter vastgesteld dat de toepasselijke c.a.o in art.F-23 bepaalt dat de werkgever de vakantieregeling moet hanteren zoals neergelegd in de wet- en regelgeving van de overheid. Ter vermindering van vergissingen merk ik reeds thans op dat de formulering verbetering behoeft. De toepasselijke c.a.o. was de C.a.o. BVE 1998-1999. Art.F-12 daarvan stelt de vakantie voor het gehele personeel op zeven weken per jaar. Art.F-13 bevat evenwel een uitzondering voor het onderwijsgevend personeel: 'In afwijking van het gestelde in artikel F-12 wordt de op 31 juli 1996 op de instelling bestaande vakantieregeling gehandhaafd onder de conditie dat de normjaartaak wordt gerealiseerd.'⁷ Met 'de bestaande vakantieregeling' werd bedoeld de regeling zoals vermeld in art.F-23 van de Cao BVE 1994-1995: 'De werkgever hanteert gedurende de looptijd van de Cao BVE de vigerende vakantieregelingen zoals neergelegd in overheidswet- en regelgeving'.⁸ De kantonrechter stelde vast dat partijen het erover eens zijn dat deze verwijzing leidt naar art.I-C2 RpbO.

1.6. Vervolgens heeft de kantonrechter overwogen dat in art.I-C2 RpbO niet slechts wordt vastgesteld wanneer vakantie wordt genoten, maar ook het aantal dagen wordt vastgesteld waarop de leerkracht aanspraak heeft (rov.3.3 Ktr.). De vakanties in het onderwijs mogen volgens de kantonrechter aldus riant worden genoemd, maar dat is dan ook een zeer belangrijk voordeel van het werken in het onderwijs. Het komt niet billijk voor dat de werknemers bij ziekte of zwangerschap dit voordeel zouden moeten inleveren zonder enige compensatie (rov.3.6 Ktr.). De kantonrechter vulde de rechtsgronden aan en attendeerde partijen op de dwingendrechtelijke bepaling van art.7:636 BW. Met betrekking tot de wijze waarop compensatie zou kunnen plaatsvinden verwees de kantonrechter de zaak naar de rol voor inlichtingen van partijen. Wanneer art.7:636 BW reeds de verlangde bescherming aan de leerkracht biedt, komt de kantonrechter niet meer toe aan het gestelde verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen (rov.3.9 Ktr.).

1.7. Bij eindvonnis van 10 januari 2000 heeft de kantonrechter de vordering toegewezen. In reactie op een stelling van de Stichting overwoog de kantonrechter dat zelfs bij c.a.o. niet kan worden afgeweken van de dwingendrechtelijke bepaling van art.7:636 BW.⁹

1.8. De Stichting heeft hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Middelburg. Bij vonnis van 4 april 2001, *NJ* 2001, 545, heeft de rechtbank beide vonnissen bekrachtigd, zij het op geheel andere gronden dan de kantonrechter had gebezigd. De rechtbank overwoog dat de in art.7:636 BW bedoelde instemming van de lerares niet nodig is omdat de vakantievaststelling hier bij c.a.o. en niet door de individuele werkgever is bepaald (rov.3.2). Anders dan de kantonrechter, zag de rechtbank zich dus genoodzaakt het beroep van

de lerares op een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen te behandelen.

1.9. Het oordeel van de rechtbank dienaangaande berust op twee stappen. Als eerste stelde de rechtbank vast dat de vakantieregeling in het RpbO zo moet worden begrepen dat de leerkracht recht heeft op evenzoveel vakantieverlof als de schoolvakanties dagen tellen (rov.3.4). Vervolgens stelde de rechtbank vast dat het ontbreken van compensatie voor de dagen waarop het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met de schoolvakantie discriminerend werkt ten opzichte van vrouwen: door van hun recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof gebruik te maken krijgen zij minder vakantiedagen dan hun mannelijke collega's (rov.3.5-3.7). De rechtbank verwierp de zes gronden ter rechtvaardiging van deze discriminatie, waarop de Stichting een beroep had gedaan (rov.3.8-3.9).

1.10. De Stichting heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De lerares heeft geconcludeerd tot verwerping van dat beroep en heeft incidenteel beroep ingesteld tegen het oordeel in rov.3.2. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna de Stichting heeft gerepliceerd.

2. Bespreking van het incidenteel cassatiemiddel

2.1. Het incidenteel middel klaagt dat de rechtbank in rov.3.2 miskent dat, óók wanneer in de vaststelling van de vakantie wordt voorzien bij collectieve arbeidsovereenkomst, de regel van art.7:636 BW¹⁰ geldt.

2.2. De klacht is m.i. gegrond. De rechtbank heeft zich mogelijk vergist. Art.7:638 BW gaat slechts over de vaststelling van de tijdstippen waarop de werknemer gebruik maakt van zijn materiële recht op vakantieverlof. Naar de destijds geldende tekst van art.7:638 BW stelt de werkgever de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vast voor zover in deze vaststelling niet reeds is voorzien bij schriftelijke overeenkomst dan wel bij of krachtens c.a.o. of regeling van overheidswege. Art.7:636 BW gaat daarentegen over het materiële recht op vakantieverlof. Wanneer de werknemer recht heeft op een bepaald aantal dagen vakantieverlof per jaar – dat kan zijn: het wettelijk minimum van art.7:634 BW òf een groter aantal dagen dat bij c.a.o. dan wel individueel is overeengekomen –, geldt de regel van art.7:636 BW. Dagen waarop de werknemster de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschaps- of bevallingsverlof konden ingevolge art.7:636 (oud) BW

7 De datum 31 juli 1996 houdt kennelijk verband met de invoering van het Kaderbesluit rechtspositie BVE op 1 augustus 1996; zie alinea 3.2 hieronder.

8 Zie CvA blz. 2; de looptijd van deze c.a.o. was met een jaar verlengd. Een kopie uit de C.a.o. BVE 1994-1995 is overgelegd als prod. 1 bij CvA.

9 Het tussenvonnis is gepubliceerd in *RN-kort* 2000, 1137 en besproken door M.S.A. Vegter in *ArbeidsRecht* 2000 blz. 33; het eindvonnis is gepubliceerd in *RN-kort* 2000, 1169.

10 Zoals dit artikel luidde tot 1 februari 2001; de bepaling is gewijzigd door de Wet arbeid en zorg, wet van 16 november 2001, *Stb.* 567.

slechts met instemming van de werknemster door de werkgever worden aangemerkt als vakantie. Die instemming is niet verkregen. Ingevolge art. 7:645 BW mag van art. 7:636 (oud) BW niet worden afgeweken, zelfs niet bij c.a.o. Art. 7:637 (oud) BW stond een schriftelijke afwijking van art. 7:636 (oud) BW toe, maar uitsluitend voor gevallen van afwezigheid als bedoeld in art. 7:635 lid 3 (oud) BW, d.w.z. afwezigheid wegens ziekte. De afwijkingsmogelijkheid van art. 7:637 (oud) BW gold niet voor het geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof tijdens de vakantie.¹¹

2.3. Voor zover de rechtbank van oordeel mocht zijn geweest dat de regeling bij c.a.o., die naar art. I-C2 RpbO verwijst, beschouwd dient te worden als een vorm van instemming bij voorbaat van de lerares met het aanmerken van deze dertien dagen als vakantie,¹² acht ik dat oordeel onjuist. Van de door art. 7:636 (oud) jo. 7:645 BW beoogde bescherming zou weinig overblijven indien de verwijzing in de c.a.o. naar art. I-C2 RpbO reeds voldoende geacht zou worden om bij voorbaat (voor alle eventuele zwangerschaps- en bevallingsverloven tijdens de looptijd van de c.a.o.) het recht op compensatie prijs te geven.

2.4. De lerares heeft gesteld dat het slagen van het incidenteel middel inhoudt dat de Stichting geen belang meer heeft bij de klachten van het principaal middel. Die gevolgtrekking kan ik niet delen. Indien art. 7:636 BW de instemming van de lerares vereist, heeft de Stichting belang bij haar eerste middelonderdeel. Indien het eerste onderdeel van de Stichting slaagt, krijgt de lerares weer belang bij de subsidiaire grondslag van haar vordering: haar stelling dat het ontbreken van compensatie een verboden onderscheid m/v oplevert. Voor dat geval behoudt de Stichting belang bij haar tweede middelonderdeel.

3. Bespreking van het principaal cassatiemiddel

3.1. Anders dan in de gelijktijdig aanhangige zaken over het basisonderwijs, gaat het in dit geval om een leerkracht in het bijzonder beroepsonderwijs. Krachtens art. 1.3.1 van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB)¹³ hebben de regionale opleidingscentra aanspraak op een bekostiging uit 's Rijks kas, althans voor zover het beroepsopleidingen betreft ten aanzien waarvan de minister van O. C. en W. heeft bepaald dat deze in dat jaar voor bekostiging in aanmerking komen. In deze wet wordt onderscheid gemaakt tussen openbare en bijzondere instellingen van onderwijs (art. 1.1.1 WEB).

3.2. De rechtspositie van leerkrachten in het beroepsonderwijs wordt geregeld in het Kaderbesluit rechtspositie BVE, dat op art. 4.1.2 WEB is gebaseerd¹⁴ Artikel 11 van het Kaderbesluit stelt vast dat de bepalingen in dit besluit regels zijn voor het openbaar onderwijs en tevens voorwaarden voor de bekostiging van het bijzonder onderwijs. Artikel 13 houdt in dat met ingang van het tijdstip waarop het Kaderbesluit voor de onderscheiden instellingen in werking treedt, het

RpbO geen toepassing meer vindt op die instellingen en het daaraan benoemde personeel.¹⁵ Blijkens de toelichting strekt het Kaderbesluit ertoe de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk te decentraliseren. Het Kaderbesluit bevat daarom slechts een beperkt aantal voor iedere instelling van beroepsonderwijs geldende voorschriften. Voor het overige dienen de arbeidsvoorwaarden in de sector beroepsonderwijs te worden vastgesteld in de (collectieve) arbeidsovereenkomsten.

3.3. Het Kaderbesluit rechtspositie BVE bevat geen bepaling over de omvang van het vakantieverlof. Derhalve is de bepaling van het aantal vakantieverlofdagen overgelaten aan de werkgevers- en werknemersorganisaties die over de c.a.o. onderhandelen, zulks met inachtneming van het wettelijk minimum van art. 7:634 BW. De inhoud van de desbetreffende c.a.o. kwam in alinea 1.5 reeds ter sprake. Art. I-C2 RpbO, dat door de voordeur van het Kaderbesluit rechtspositie BVE eruit was gezet, komt via de achterdeur van deze c.a.o. dus weer binnen in de rechtsverhouding tussen de lerares en de Stichting. Waar partijen art. I-C2 RpbO tot onderdeel van de arbeidsovereenkomst hebben gemaakt *in de zin waarin dit artikel als wettelijke regeling moet worden verstaan*, is de uitleg van het in de c.a.o. toepasselijk verklaarde art. I-C2 RpbO vatbaar voor toetsing in cassatie.¹⁶ Dat titel 10 van boek 7 BW van toepassing is op de onderhavige arbeidsovereenkomst, is in dit geding geen punt van discussie.

3.4. *Onderdeel 1* van het middel richt vier klachten tegen het oordeel dat art. I-C2 RpbO, zoals dit artikel tot onderdeel van de c.a.o. is gemaakt, de lerares aanspraak geeft op zoveel vakantieverlofdagen als er schoolvakantiedagen zijn. *De klacht onder a* houdt in dat de rechtbank in rov. 3.4 (en, daarop voortbouwend, ook in rov. 3.8.2) miskent dat het RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt noch het aantal vakantieverlofdagen garandeert. De Stichting wijst in dit verband op de beslissing van de Centrale Raad van Beroep d.d. 17 mei 2001 (*JB* 2001, 217 m.nt. AWH). Volgens het onderdeel dient het aantal vakantieverlofdagen, waarop de leerkracht recht heeft, met behulp van art. 7:634 BW te worden vastgesteld.

11 De ratio hiervan was, zéér kort samengevat, dat gevreesd werd voor werknemers die verlenging van hun vakantie trachten te verkrijgen door jegens hun werkgever voor te wenden dat zij tijdens hun (buitenlandse) vakantie ziek zijn geworden. Bij zwangerschaps- en bevallingsverlof behoeft voor simulatie niet te worden gevreesd.

12 Ik lees een dergelijk oordeel niet in het vonnis. In de s.t. namens de lerares (punt 20) wordt wél rekening gehouden met een dergelijke lezing van het vonnis.

13 Wet van 31 oktober 1995, *Stb.* 501, laatstelijk gewijzigd bij wet van 6 december 2001, *Stb.* 636 (editie *S&J* 97-I (2000)).

14 KB van 23 juli 1996, *Stb.* 408, laatstelijk gewijzigd bij KB van 17 december 2001, *Stb.* 666; editie *S&J* 97-II (2000).

15 Voor het beroepsonderwijs: 1 augustus 1996; zie art. 14 van het Kaderbesluit rechtspositie BVE.

16 Vgl. HR 15 juni 1984, *NJ* 1984, 682 (rov. 3.2).

3.5. De CRvB heeft in de aangehaalde uitspraak overwogen dat art. I-C2 lid 1 RpbO niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen noch in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen door leerkrachten. In het belang van het onderwijs is voorzien in een specifieke, los van de omvang en duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven vakantieverlof wordt genoten.

3.6. De lerares heeft doen betogen dat een regel voor leerkrachten in het openbaar onderwijs niet zomaar kan worden overgezet naar het bijzonder onderwijs waar de regeling van art. 7:634 e.v. BW wél van toepassing is. Art. 7:634 BW stelt slechts het minimumaantal dagen vakantieverlof vast waarop de leerkracht in het bijzonder onderwijs aanspraak heeft. Door het toepasselijk verklaren van art. I-C2 RpbO in de c.a.o. is volgens de lerares in dit geval méér dan het wettelijk minimumaantal dagen vakantieverlof overeengekomen. De lerares benadrukt het woord 'vakantieverlof' in art. I-C2 RpbO. Zij voert aan dat dit begrip 'vakantieverlof' weliswaar niet is gedefinieerd, maar uitsluitend omdat vanzelf spreekt wat onder 'vakantie' moet worden verstaan. Zij wijst daarnaast op bepalingen in het RpbO die veronderstellen dat vakantieverlof kan worden 'overgeheveld'.¹⁷

3.7. In de conclusie van heden in de zaak C 01/193 HR (alinea 3.4-3.14) heb ik diverse argumenten behandeld vóór en tegen het volgen van de uitleg die de CRvB aan art. I-C2 lid 1 RpbO heeft gegeven. Tot die argumenten behoorden ook het tekstuele argument (het woord 'vakantieverlof') en de betekenis van de andere bepalingen in het RpbO. Ik moge korthedshalve daarnaar verwijzen. Voor mij weegt het zwaarst het onderscheid dat het RpbO zelf maakt tussen de vakanties van het onderwijzend en die van het niet-onderwijzend personeel: dat duidt erop dat voor onderwijzend personeel geen vakantiedagen worden opgebouwd. Tot de in die conclusie besproken argumenten behoort het argument van de normjaartaak, welke veronderstelt dat leerkrachten in het basisonderwijs, uitgaande van een gebruikelijke full-time werkweek, ook tijdens de schoolvakanties moeten werken aan hun niet-lesgebonden taken.

3.8. Het begrip *normjaartaak* verdient in deze zaak nadere uitwerking omdat het hier het beroepsonderwijs betreft. Krachtens art. 2 van het Kaderbesluit rechtspositie BVE bedraagt de werktijd in het beroepsonderwijs 1659 uur per jaar (aangevuld met 51 uur a.d.v.-verlof). In art. F-01 lid 1 en art. F-12 van de toepasselijke c.a.o. BVE 1998-1999 wordt dienovereenkomstig bepaald dat de normjaartaak 1659 klokuren bedraagt. Inzage van deze c.a.o. leert voorts dat in de taak van docenten de volgende hoofdtaken worden onderscheiden: a. uitvoering (zoals het geven van lessen, het afnemen van examens, stagebegeleiding, het verzorgen van practica, het geven van cursussen en andere taken); b. deskundigheidsbe-

vordering; c. coördinatie en beheer. Het aantal 'contacturen' wordt in beginsel gesteld op 843 uren per jaar. Voor deskundigheidsbevordering is 10 % van de tijd beschikbaar, waarvan de helft door de werkgever kan worden vastgelegd.¹⁸ Dit laatste wijkt af van de regeling in het RpbO zoals die nog voor het basisonderwijs geldt.

3.9. In dit geding staat vast dat de schoolvakanties in de onderwijsinstelling, waaraan de lerares verbonden is, 12 weken per jaar bedragen.¹⁹ Een eenvoudige rekensom leert dat wanneer een normjaartaak van 1659 uren behaald zou moeten worden in (52-12 =) 40 schoolweken, de betrokken leerkracht gemiddeld elke schoolweek 41,45 uur zou moeten werken. Wanneer daarentegen wordt uitgegaan van een gangbare full-time werkweek, veronderstelt een normjaartaak van 1659 uur dat leerkrachten ook de periode van de schoolvakanties benutten voor niet-lesgebonden werkzaamheden, waaronder deskundigheidsbevordering.²⁰ De tekst van de onderhavige c.a.o. toont daarvan de sporen. In afwijking van de hoofdregel in art. F-12 (iedereen zeven weken vakantie), mag het onderwijzend personeel het verlof gedurende de schoolvakanties volgens art. I-C2 lid 1 RpbO behouden, maar 'onder de conditie dat de normjaartaak wordt gerealiseerd' (art. F-13 C.a.o. BVE 1998-1999).

3.10. Dit een en ander, gevoegd bij de rechtsonzekerheid die te duchten is wanneer de hoogste bestuursrechter (voor het openbaar onderwijs) en de hoogste burgerlijke rechter (voor het bijzonder onderwijs) een tegenovergestelde uitleg zouden geven aan één en dezelfde nationale bepaling, maakt het gewenst dat de uitleg welke de CRvB aan art. I-C2 RpbO heeft gegeven ook in deze zaak wordt gevolgd. Wanneer werkgevers en werknemers in het bijzonder beroepsonderwijs een regeling verkiezen waarin leerkrachten een vast aantal vakantieverlofdagen per jaar krijgen (boven het wettelijk minimum van art. 7:634 BW), staat het hen vrij zulks overeen te komen. Onderdeel 1 onder a acht ik gegrond. De klachten onder b, c en d behoeven in dat geval geen behandeling. Op individuele afspraken over de omvang van het vakantieverlof, die afwijken van (het via de c.a.o. toepasselijke) art. I-C2 RpbO, is in dit geding geen beroep gedaan.

3.11. *Onderdeel 2* is gericht tegen het oordeel dat de Stichting zich schuldig maakt aan verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen. De toepasselijke nationale en communautaire regelgeving heb ik geschetst in de gelijktijdig genomen conclusie in de zaak C 01/247 HR.

3.12. De klacht onder c heeft de verst gaande strekking. Uitgaande van 12 weken schoolvakantie per jaar, kan een lerares in het beroepsonderwijs van wie 2 weken van het zwangerschaps- en

17 S.t. namens de lerares onder 14-17.

18 Zie art. F-2 in de paragraaf 'taakbelasting' van de C.a.o. BVE 1998-1999.

19 Rov. 3.4 van het tussenvonnissen van de kantonrechter.

20 Dat was ook het standpunt van de Stichting. Zie MvG punt 5.

bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, de vier weken vakantieverlof, waarop zij ingevolge art. 7:634 BW ten minste recht heeft, nog opnemen in de resterende 10 weken van de schoolvakanties. In de redenering van de Stichting zou dit voldoende moeten zijn om het beroep van de lerares op discriminatie tussen mannen en vrouwen van de hand te wijzen.

3.13. Op het eerste gezicht lijkt de Stichting daarin gelijk te hebben: de lerares krijgt de vakantieverlofdagen waarop zij recht heeft. Hier-tegen kan echter worden ingebracht dat het wettelijk verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen zich niet beperkt tot het toekennen van vakantieverlofdagen (in de betekenis die titel 10 van boek 7 BW aan het begrip 'vakantieverlof' geeft). Art. 7:646 BW spreekt immers in algemene zin over onderscheid *in de arbeidsvoorwaarden*. Ook de artikelen 1 en 5 van de Richtlijn gelijke behandeling m/v spreken in algemene zin van *arbeidsvoorwaarden*. Het behoeft geen betoog dat het begrip 'arbeidsvoorwaarden' in de Richtlijn verdragsautonoom moet worden uitgelegd. Hoewel in dit cassatiemiddel niet aan de orde,²¹ is bovendien nuttig te weten dat art. 11 lid 2 van de Zwangerschapsrichtlijn voorschrijft dat in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof naast het behoud van bezoldiging of het genot van een passende uitkering ook 'de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst' van de desbetreffende werknemers moeten worden gewaarborgd.

3.15. Indien art. I-C2 lid 1 RpbO wordt verstaan op de wijze waarop de CRvB deze bepaling uitlegt, hebben de leerkrachten geen recht op een bepaald aantal (60) dagen vakantieverlof per jaar. De bepaling houdt slechts in een recht van de leerkracht om gedurende de schoolvakanties de lesvrije periode te gebruiken voor het opnemen van vakantieverlof alsmede voor het verrichten van niet-lesgebonden werkzaamheden. Met name het onderdeel 'deskundigheidsbevordering',²² een tijdsdeel dat de leerkracht in het beroepsonderwijs voor de helft naar eigen inzicht mag invullen, behoort m.i. onmiskenbaar tot 'de arbeidsvoorwaarden'. Indien hierover twijfel mocht bestaan, ligt een prejudiciële vraag aan het HvJ EG in de rede.

3.16. Wanneer een leerkracht, van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakantie, haar vakantieverlofdagen (de vier weken van art. 7:634 BW) nog binnen de schoolvakanties kan opnemen, kan er dus niettemin sprake zijn van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Dit kan worden geïllustreerd als volgt. Een lerares, van wie 8 weken zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, houdt na het opnemen van haar 4 weken vakantieverlof ex art. 7:634 BW geen tijd meer over om haar niet-lesgebonden werkzaamheden in de schoolvakanties te verrichten. Een lerares, van wie drie weken zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvallen met een schoolvakantie, houdt na het opnemen van haar 4 weken vakantieverlof ex art. 7:634 BW

nog vijf weken van de schoolvakanties over. In die vijf weken zou zij de niet-lesgebonden werkzaamheden moeten 'proppen' waarvoor haar mannelijke collega's acht weken (12 weken schoolvakantie min 4 weken wettelijk vakantieverlof) ter beschikking hebben. Het is om deze reden denkbaar dat een lerares, van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakantie, niets tekort komt aan vakantieverlofdagen in de zin van art. 7:634 BW en tóch nadeel ondervindt ten gevolge van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in vergelijking met mannelijke leerkrachten, minder tijd krijgt om haar niet-lesgebonden taken te verrichten, *met andere woorden*: minder 'vakantieverlof' krijgt in de betekenis die art. I-C2 lid 1 RpbO daaraan geeft. Dit voert mij tot de slotsom dat, óók bij het slagen van subonderdeel 2 onder c, verwijzing zal moeten volgen.

3.17. Na verwijzing zal moeten worden onderzocht of inderdaad sprake is van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden.²³ Aantekening verdient dat een dergelijke benadeling op uiteenlopende wijzen kan worden opgeheven. Het is mogelijk door het toekennen van extra vrije dagen buiten de schoolvakanties het nadeel op te hebben (dan zou de vordering toewijsbaar zijn). Het is in beginsel ook denkbaar een dergelijk nadeel op te heffen door de desbetreffende lerares in de rest van het jaar zodanig te ontlasten van haar niet-lesgebonden werkzaamheden dat zij reëel toekomt aan het opnemen van haar vakantieverlofdagen en aan de haar door de c.a.o. gegunde tijd voor deskundigheidsbevordering. Partijen hebben zich tot dusver slechts in algemene termen over dit probleem uitgesproken.²⁴

3.18. Op basis van de thans vastgestelde feiten kon de rechtbank m.i. niet komen tot haar oordeel dat hier van discriminatie sprake is. Art. I-C2 lid 1 RpbO is op zichzelf sekse-neutraal: mannelijke en vrouwelijke leerkrachten hebben gelijkelijk recht op verlof gedurende de schoolvakanties. Van een *direct* onderscheid tussen mannen en vrouwen is geen sprake. In zoverre acht ik de klacht van onderdeel 2 a gegrond. Indien de rechtbank heeft bedoeld dat sprake is van een *indirect* onderscheid dat door wetsduiding (art. 7:646 lid 5 BW) als 'direct onderscheid' moet worden gekwalificeerd, acht ik de klacht van onderdeel 2 b gegrond. De rechtbank heeft in dat geval niet aangegeven in

21 In dit geding is reeds bij inleidende dagvaarding mede een beroep gedaan op art. 11 van de Zwangerschapsrichtlijn (richtlijn 92/8 van de Raad van 19 oktober 1992, Pb EG L 438).

22 Zie alinea 3.8. De term is ontleend aan art. I-R203 RpbO.

23 Zie over dit onderwerp: M. Vegter, Zwangerschap en discriminatie, *Nemesis* 2000, blz. 118 e.v. (met een reactie van C. Tobler in *Nemesis* 2001, blz. 121 e.v.); H.S.C. Crebolder, Gelijke rechten voor zwangere werknemers?, *ArbeidsRecht* 1999/4 blz. 4 e.v.

24 CvA punt 5; CvD blz. 2; akte 29 nov. 1999 punt 8; MvG punt 5; MvA punt 5.

welk opzicht er sprake is van discriminatie en benadeling van vrouwelijke leerkrachten. Onderdeel 2 d behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.

4. Conclusie

De conclusie strekt zowel op het principaal als op het incidenteel cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak naar het hof van het ressort.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerster in cassatie – verder te noemen: de lerares – heeft bij exploit van 19 maart 1999 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de Stichting – gedagvaard voor de Kantonrechter te Middelburg en gevorderd de Stichting te veroordelen tot primair, toekenning aan de lerares van 13 verlofdagen, op te nemen in een door de lerares – na overleg met de Stichting – aan te wijzen periode, zulks op verbeurte van een dwangsom. Subsidiar heeft de lerares een schadevergoeding gevorderd van f 2225,21 te vermeerderen met de wettelijke rente.

De Stichting heeft de vordering bestreden.

Na een tussenvonnis van 6 september 1999 heeft de Kantonrechter bij eindvonnis van 10 januari 2000 de primaire vordering toegewezen.

Tegen beide vonnissen van de Kantonrechter heeft de Stichting hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Middelburg.

Bij vonnis van 4 april 2001 heeft de Rechtbank de bestreden vonnissen van de Kantonrechter bekrachtigd.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt zowel in het principaal als in het incidenteel cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak naar het Hof van het ressort.

3. *Uitgangspunten in cassatie*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De lerares is in dienst bij de Stichting. Op basis van een arbeidsovereenkomst is zij voor 27 uur per week werkzaam als docente bij de Stichting. Op de arbeidsovereenkomst is de c.a.o. voor het beroepsonderwijs en volwasseneducatie van toepassing. (verder: CAO BVE)

(ii) Van 11 november 1998 tot 8 maart 1999 heeft de lerares zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten. In deze periode vielen dertien schoolvakantiedagen.

(iii) Bij brief van 25 januari 1999 heeft de lerares de Stichting verzocht om het vakantieverlof dat met haar bevallingsverlof samenvalt (de Kerst- en de voorjaarsvakantie) in maart 1999 toe te voegen aan haar verlof. De Stichting heeft dit geweigerd.

De lerares heeft op 8 maart 1999 haar werkzaamheden hervat.

3.2. De lerares heeft primair gevorderd dat aan haar dertien verlofdagen worden toegekend, op te nemen in een door haar in overleg met de Stichting aan te wijzen periode, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom. Subsidiar heeft zij een schadevergoeding gevorderd van f 2225,31 (een bedrag dat overeenkomt met het brutoloon over dertien dagen).

3.3. Aan haar vorderingen heeft de lerares ten grondslag gelegd dat de Stichting in strijd met art. 7:646 BW onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt door zwangerschap en bevalling gelijk te stellen met ziekte en haar geen compensatie te verschaffen voor de dagen waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met de schoolvakantie.

3.4. De Stichting heeft betwist dat er sprake is van verboden onderscheid. Zij heeft aangevoerd dat de CAO BVE met betrekking tot het onderwijsgevend personeel verwijst naar art. I-C2 van het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (hierna: RpbO). Volgens de vakantieregeling in art. I-C2 RpbO heeft een leerkracht geen aanspraak op een vast aantal vakantieverlofdagen; er is evenmin sprake van opbouw van vakantieverlofdagen. Ook overigens is de Stichting van mening dat van een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen geen sprake is.

3.5. De Kantonrechter heeft de primaire vordering van de lerares toegewezen. De Rechtbank heeft dit vonnis bekrachtigd.

4. *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

Het middel slaagt op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2-2.3 vermelde gronden.

5. *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

5.1. Op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.1-3.3 moet worden geoordeeld dat art. I-C2 RpbO in de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is en dat de uitleg van deze in de CAO BVE van toepassing verklaarde bepaling in cassatie op juistheid kan worden getoetst (vgl. HR 15 juni 1984, nr. 12264, NJ 1984, 682, rov. 3.2).

5.2. Onderdeel 1a betoogt dat de Rechtbank in de rov. 3.4 en 3.8.2 heeft miskend dat het RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt en/of dat het RpbO niet het aantal vakantiedagen garandeert. Het RpbO regelt niet meer, aldus het onderdeel, dan dat het verlof moet worden genoten gedurende de schoolvakanties.

Het onderdeel is gegrond. Aangenomen moet worden dat, zoals ook de Centrale Raad van Beroep als hoogste bestuursrechter in een door een lerares, werkzaam in het openbaar onderwijs, aangespannen zaak heeft geoordeeld (CRvB 17 mei 2001, JB 2001, 217), art. I-C2 lid 1 RpbO niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal

vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. Deze bepaling voorziet slechts in een specifieke, los van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven – te weten: gedurende de schoolvakanties – vakantieverlof wordt genoten.

Opmerking verdient nog dat, hoewel art. I-C2 RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt, dit niet tot gevolg heeft dat de lerares geen recht heeft op een bepaald aantal vakantiedagen per jaar. Art. 7:634 BW houdt immers in dat de werknemer recht heeft op een minimumvakantieaanspraak. Van dat recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Ingevolge art. 7:634 bedraagt dat minimum bij een voltijdsbetrekking twintig werkdagen per jaar. Op individuele afspraken over de omvang van het vakantieverlof, die afwijken van (het via de c.a.o. toepasselijke) art. I-C2 RpbO, is in dit geding geen beroep gedaan. Gelet op de spreiding en duur van de schoolvakanties is aannemelijk dat de lerares, ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, deze twintig dagen vakantie zal kunnen opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties.

De gegrondbevinding van onderdeel a brengt mee dat de onderdelen b, c en d geen behandeling behoeven.

5.3. Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van de Rechtbank dat het ontbreken van een compensatieregeling in geval van zwangerschaps- en bevallingsverlof directe discriminatie oplevert tussen mannen en vrouwen.

5.4. Art. I-C2 lid 1 RpbO is seksneutraal: mannelijke en vrouwelijke leerkrachten hebben gelijk recht op vakantieverlof gedurende de schoolvakanties. Zoals reeds in 5.2 is overwogen, is aannemelijk dat de lerares, ook indien zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof, de haar toekomstige vakantie kan opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. In zoverre is geen sprake van een verboden onderscheid als in art. 7:646 bedoeld.

Gelet op de uiteenzetting in de conclusie van de Advocaat-Generaal in de zaak C01/193 onder 3.9 en 3.10, in welke zaak eveneens heden uitspraak is gedaan, en de uiteenzetting onder 3.8 en 3.9 van de conclusie in de onderhavige zaak, moet worden aangenomen dat leerkrachten in het basisonderwijs bij een fulltimewerkweek (ook) tijdens de schoolvakanties (geacht worden te) werken aan niet lesgebonden taken, met name deskundigheidsbevordering. Denkbaar is dat een lerares van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof (gedeeltelijk) samenvalt met (een) schoolvakantie(s), toch een zodanig nadeel ondervindt dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een door art. 7:646 lid 1 in verbinding met lid 5 BW verboden onderscheid in arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich voordoen wanneer zij, in verband met de door haar (gedeeltelijk) gedurende schoolvakanties genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof gedurende de (resterende)

schoolvakanties minder tijd heeft voor haar niet lesgebonden werkzaamheden, met name in het kader van deskundigheidsbevordering, dan haar mannelijke collega's.

5.5. Het in 5.4 overwogene leidt tot de slotsom dat van een direct onderscheid als bedoeld in art. 7:646 lid 5, eerste volzin, geen sprake is. Voor zover de Rechtbank evenwel heeft geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid dat door wetsduiding, namelijk art. 7:646 lid 5, tweede volzin, als direct onderscheid moet worden gekwalificeerd, heeft de Rechtbank haar oordeel niet toereikend gemotiveerd. Immers, de Rechtbank heeft niet aangegeven in welk opzicht sprake is van een zodanige discriminatie.

5.6. De op het in 5.5 overwogene gerichte klachten van onderdeel 2 zijn derhalve gegrond. Voor het overige behoeft het onderdeel geen behandeling meer. Na verwijzing zal moeten worden onderzocht of sprake is van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden als bedoeld in 5.5, tweede volzin. Aantekening verdient nog hetgeen in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.17 is opgemerkt.

6. *Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale en het incidentele beroep:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Middelburg van 4 april 2001;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep voorts:

veroordeelt de lerares in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Stichting begroot op €333,20 aan verschotten en €1590 voor salaris;

in het incidentele beroep voorts:

veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de lerares begroot op €68,07 aan verschotten en €1590 voor salaris.

NOOT:

1. De vraag was of een lerares in het bijzonder onderwijs bij wie de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met de schoolvakantie, het recht heeft de daardoor niet als vakantie gebruikte dagen alsnog op te nemen buiten de schoolvakanties. De Hoge Raad heeft hierover op dezelfde dag vier uitspraken gedaan, waarvan er hier twee worden gepubliceerd. De twee overige zaken betroffen Christelijk Basisonderwijs Wûnseradiel/Van der Logt-Bosch resp. Walburg (nrs. C01/193 en 194HR). De hier gepubliceerde zaken betroffen het bijzonder beroepsonderwijs resp. het basisonderwijs.

2. Het antwoord op de gestelde vraag hangt in dit geval mede af van de tekst van de toepasselijke cao's. De beide cao's bepaalden in beginsel dat de werknemers gedurende de schoolvakanties

vakantieverlof genieten met behoud van bezoldiging.

3. De Hoge Raad volgt nu in beginsel het spoor dat is uitgezet door de Centrale Raad van Beroep (CRvB 17 mei 2001, *JB* 2001/217). De desbetreffende cao-bepaling voorziet niet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. Deze bepaling voorziet slechts in een specifieke, los van de duur van de betrekking staande, regeling dat in bepaalde periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven (de schoolvakanties) vakantieverlof wordt genoten. Het artikel bepaalt niet de omvang van de vakantieaanspraak. Voor het bijzonder onderwijs geldt dan dat art. 7:634 BW wel het recht op een minimum aantal vakantiedagen per jaar vastlegt. Gelet op de spreiding en de duur van de schoolvakanties is aannemelijk dat de betrokken lerares deze twintig vakantiedagen zal kunnen opnemen gedurende de resterende schoolvakanties. De achtergrond van deze gedachtegang komt in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep scherper naar voren: in wezen wordt geredeneerd dat het onderwijs heeft voorzien in een zeer royale vakantieperiode onder voorwaarde dat deze uitsluitend tijdens de schoolvakanties kan worden opgenomen. Ook wanneer men van die lange periode een zwangerschapsverlof aftrekt blijft er nog voldoende vakantie over om het doel van het vakantie recht te kunnen waarborgen.

4. Wat betreft het argument dat de cao-bepalingen discriminatoir zouden zijn overweegt de Hoge Raad dat de bepaling seksneutraal is geformuleerd. Weliswaar is in rechtspraak van het HvJ EG geoordeeld dat onderscheid op grond van zwangerschap een direct onderscheid vormt (HvJ EG 8 november 1990, nr. 177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941, *Dekker/VJV*), maar deze conclusie valt te verdedigen, omdat het onderscheid in dit geval niet rechtstreeks op zwangerschap is gebaseerd, maar een indirect gevolg daarvan is. In dit opzicht volgt de HR de CRvB, die daarmee afweek van het oordeel van Rb. Zwolle 31 maart 2001, *TAR* 2000/84, *JB* 2000/130. Overigens geeft nog enige aanleiding tot twijfel het arrest HvJ EG 30 juni 1998, nr. C-394/96, *Jur.* 1998, p. I-4185, *JAR* 1998/198, *NJ* 1999/476 (Brown/Rentokil), waar de toepassing van een neutraal geformuleerde regel over afwezigheid toegepast op zwangerschap als een vorm van direct onderscheid werd beschouwd. Zie ook HvJ EG 30 april 1998, nr. C-136/95, *Jur.* 1998, p. I-2011, *JAR* 1998/139 (CNAVTS/Thibault).

5. In afwijking van de Centrale Raad van Beroep acht de Hoge Raad echter in elk geval wel denkbaar dat sprake is van een indirect onderscheid naar geslacht, omdat de betrokken lerares minder tijd overhoudt voor niet-lesgebonden werkzaamheden, met name in het kader van deskundigheidsbevordering, dan haar mannelijke collega's. Om dat nader te beslissen wordt de zaak verwezen. In dit aspect van de problematiek wordt de vinger gelegd op de zwakke plek in de

vakantieregeling in het onderwijs. Waar enerzijds wordt gesuggereerd dat leerkrachten een riantere vakantieregeling hebben, zien zij zich anderzijds genoopt die vakantie te benutten om hun vak bij te houden en het komende schooljaar voor te bereiden. De cao werkt wat dit betreft mee aan het in stand houden van de illusie van een grote vakantie. In deze zaak werkte dat als een boemerang in het nadeel van de zwangere leraressen. Mijns inziens zou de onderwijssector er verstandig aan doen om over te stappen op een normaal systeem van vakantie rechten en de overige dagen te bestempelen als normale werkdagen in het kader van onder meer de deskundigheidsbevordering. Het voordeel voor het personeel is dat daarmee ook de werkelijke taakhoud buiten de lesuren helderder wordt weergegeven en erkenning krijgt. Bij zwangerschapsverlof kunnen vakantiedagen zo veel mogelijk in de resterende schoolvakanties worden vastgesteld, maar behoeven ook de werkzaamheden buiten de lesuren niet in het gedrang te komen.

6. Het is wel opmerkelijk dat de Hoge Raad, nu de resterende vraag in wezen handelt over de verenigbaarheid met Europees recht, de zaak terugverwijst naar een lagere instantie en geen prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie van de EG. Het gaat hierbij met name om de verenigbaarheid met de Richtlijn gelijke behandeling m/v in het arbeidsproces, nr. 76/207/EG. Gelet op de uiterst kritische beoordeling van zwangerschapszaken door dit hof zou het zeer wel denkbaar zijn dat dit tot een op dit punt ander oordeel zou komen. Behalve de genoemde zaak-Dekker, waarin het Hof anders oordeelde dan de beide Nederlandse feitelijke rechters, kunnen worden genoemd HvJ EG 14 juli 1994, nr. C-32/93, *Jur.* 1994, p. I-3567, *JAR* 1994/169 (Webb/E-MO Air Cargo), HvJ EG 27 oktober 1998, nr. C-411/96, *Jur.* 1998, p. I-6401, *JAR* 1999/14, *NJ* 1999/518 (Boyle e.a./Equal Opportunities Commission) en HvJ EG 4 oktober 2001, nr. C-109/00, *Jur.* 2001, p. I-6993, *JAR* 2001/220 (Tele Danmark/Brandt-Nielsen). Uit deze arresten blijkt dat de gevolgen van een maatregel die nadelige gevolgen heeft voor meer vrouwen dan mannen, worden beschouwd als een indirect onderscheid en dat daarvoor niet snel rechtvaardigingsgronden worden aanvaard. Nu is het zeer wel dankbaar dat in een later stadium alsnog het hof zal moeten worden geadieerd en dan zal de uiteindelijke beslissing slechts langer op zich hebben laten wachten. Ook is nog een parallel te trekken met HvJ EG 6 februari 1996, nr. C-457/93, *Jur.* 1996, p. I-243, *JAR* 1996/45, *NJ* 1997/79 (Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Lewark) waarin werd bepaald dat deeltijdwerkers niet gedwongen konden worden scholing voor de ondernemingsraad in hun eigen tijd te volgen, terwijl voltijdwerkers dit in werktijd konden doen.

7. Het lijkt mij overigens niet uitgesloten dat de gevraagde compenserende vakantiedagen wel praktisch inpasbaar zouden zijn zonder het gehele

lesrooster te ontwrichten, bijvoorbeeld door de betrokken docentes in het op de zwangerschap volgende jaar te ontlasten van buitencurriculaire activiteiten. Het opnemen van zwangerschapsverlof tijdens het schooljaar zelf, levert waarschijnlijk grotere praktische problemen op en valt ook niet te verhinderen. Zo bezien is regelmatige vervanging van leerkrachten wegens zwangerschap noodzakelijk en vormt dit een reguliere kostenpost op, te vergelijken met afwezigheid door ziekte.

8. Het toepassen van dezelfde cao op het bijzondere en (omgezet in een publiekrechtelijke regeling) het openbare onderwijs kan tot onduidelijkheden leiden, omdat de ambtenaren in het onderwijs zich niet kunnen beroepen op de vakantiebepalingen in het BW. Dit verschil in rechtspositie en het daarmee samenhangende verschil in beroepsgang is onbevredigend en zou het beste kunnen worden opgelost door alle onderwijspersoneel onder het BW te laten vallen. In de huidige situatie wordt een rechtseenheidvoorziening gemist. Het zou mijns inziens voor de hand liggen cassatieberoep op de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep over geschillen in het onderwijs mogelijk te maken, nu immers ook de rechtspositieregelingen zo veel mogelijk parallel lopen. In de huidige situatie moeten de hoogste rechterlijke colleges (Hoge Raad en Centrale Raad van Beroep) naar elkaar kijken. A-G Langemeijer stelt in zijn conclusie voor om de CRvB te volgen met het enkele argument dat anders door de verschillende colleges een tegenovergestelde uitleg zou worden gevolgd. Deze benadering draagt het gevaar in zich dat de eigen verantwoordelijkheid van de Hoge Raad wordt miskend. Ik zou het hooguit een gunstig resultaat achten indien de beide colleges hetzelfde oordeel zouden hebben, maar hier niet al bij voorbaat vanuit gaan. Dan zou in feite het toevallig eerst oordelende college het recht bepalen. Overigens volgt ook omgekeerd de CRvB niet altijd het oordeel van de Hoge Raad, zoals recentelijk bleek in enkele functiewaarderingszaken. De HR toetste in HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 312 (Lemmens/ROC Oostelijk Zuid-Limburg) en HR 2 mei 2003, *NJ* 2003, 442 Boudesteijn e.a./ROC/Noord-Kennemerland), de toepassing van functiewaarderingssystemen in het onderwijs indringender dan de daarop volgende uitspraak van de CRvB 5 juni 2003, nr. 01/1625 AW (niet gepubliceerd).

9. De uitspraken zijn ook gepubliceerd in *JAR* 2002/206-207 en besproken door R.H.A. Wessel in *ArbeidsRecht* 2003, 17, K. Boonstra, *Rechtshulp* 2002/10, p. 10-15, S. Burri & Y. Konijn, *ArA* 2002/3, p. 71-85 en F.A. van Hassel, *School en Wet* 2003/1, p. 8-15.

GHvV