



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: HR 2004-04-23

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2008). Annotation: HR 2004-04-23. *Nederlandse Jurisprudentie*, 3709-3722. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13640>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13640>

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

NJ 2008, 393**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

23 april 2004, nr. C02/328HR

(Mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, P.C. Kop, E.J. Numann, F.B. Bakels; A-G Langemeijer)

m.nt. prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

JOL 2004, 215

Richtlijn 76/207/EEG; Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen; BW art. 7:634, 636, 645; Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel art. I-C2 lid 1; CAO-VO 1998/1999)

Samenloop zwangerschaps- en bevallingsverlof lerares met schoolvakantie; strekking art. I-C2 lid 1 Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel; minimum vakantie-aanspraak; discriminatie naar geslacht?

Art. I-C2 lid 1 Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO), waaraan de onderhavige bepaling in de hier toepasselijke CAO Voortgezet Onderwijs is ontleend, voorziet niet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen, doch 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 schoolvakantie – vakantieverlof wordt genoten. Dit heeft evenwel niet tot gevolg dat een lerares wier zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met de schoolvakantie geen recht heeft op een bepaald aantal vakantiedagen, aangezien art. 7:634 BW inhoudt dat de werknemer recht heeft op een minimum aantal vakantiedagen van welk recht niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Nu de bedoelde bepaling van het RpbO sekseneutraal is en nu eiseres het wettelijk minimum aan vakantiedagen feitelijk heeft genoten, terwijl niet is gesteld dat in het onderhavige geval een groter aantal vakantiedagen is overeengekomen, faalt de klacht dat het ontbreken van een compensatieregeling voor vakantieverlof tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof meebrengt dat – in strijd met Richtlijn 76/207/EEG (Richtlijn gelijke behandeling m/v) en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen – vrouwelijke leraren die laatstbedoeld verlof genieten, daardoor minder aanspraak hebben op vakantieverlof dan hun mannelijke collega's.

Het gaat in deze zaak, evenals in de arresten van 9 augustus 2002, NJ 2004, 221 en 222, m.nt GHvV, om de

samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakantie, ditmaal in het geval van een lerares die krachtens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht – mede beheerst door de CAO Voortgezet onderwijs 1998/1999 – werkzaam is in het bijzonder voortgezet onderwijs.

Art. I-C2 lid 1 Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO), waaraan de vakantieregeling van de hier toepasselijke CAO-VO is ontleend, 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, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven – te weten: gedurende de schoolvakanties – vakantieverlof wordt genoten.

Hoewel art. I-C2 RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt, heeft dit niet tot gevolg dat een 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 minimum aantal vakantiedagen. Van dat recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Nu de bedoelde bepaling van het RpbO sekseneutraal is en nu eiseres het wettelijk minimum aan vakantiedagen feitelijk heeft genoten, terwijl niet is gesteld dat in het onderhavige geval een groter aantal vakantiedagen is overeengekomen, faalt de klacht dat het ontbreken van een compensatieregeling voor vakantieverlof tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof meebrengt dat – in strijd met Richtlijn 76/207/EEG (Richtlijn gelijke behandeling m/v) en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen – vrouwelijke leraren die laatstbedoeld verlof genieten, daardoor minder aanspraak hebben op vakantieverlof dan hun mannelijke collega's.

Hendrikje van der Kloet, te Kampen, eiseres tot cassatie, adv. mr. K. Aantjes,
tegen

Vereniging voor Protestants Christelijk Voortgezet Onderwijs in Apeldoorn en omgeving, te Apeldoorn, verweerster in cassatie, adv. aanvankelijk mr. A.G. Castermans, thans mr. M.J.C. Jehee.

Rechtbank:

6.2 Het zwangerschaps- en bevallingsverlof is geregeld in het tijdelijk Besluit ziekte en arbeidsongeschiktheid onderwijs- en onderzoekspersoneel en in de Wet betreffende aanspraak op zwangerschaps- en bevallingsverlof van overheids- en onderwijspersoneel.

Nu het onderhavige geschil ziet op vakantieverlof en bovengenoemd Besluit en Wet met name zien op de aanspraak op bezoldiging in geval van afwezigheid wegens ziekte en de in dit kader gelijkgestelde afwezigheid in verband met zwangerschap en bevalling, zal nadere bespreking hiervan thans achterwege blijven.

6.3 Op 1 augustus 1996 is het Kaderbesluit rechtspositie Voortgezet Onderwijs (hierna: Kader-

besluit), dat haar grondslag vindt in artikel 38a Wet op het Voortgezet Onderwijs, in werking getreden.

Hiermee is beoogd om de regelgeving op arbeidsvoorwaardelijk terrein in het voortgezet onderwijs te decentraliseren en de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, in plaats van een uitsluitende verantwoordelijkheid van de centrale overheid, een zaak te maken van het bevoegd gezag.

De gedetailleerde rechtspositieregeling, zoals opgenomen in het Rechtspositiebesluit onderwijspersoneel (RPBO), vindt ingevolge artikel 14 Kaderbesluit in het voortgezet onderwijs geen toepassing meer. Door middel van het Kaderbesluit is sindsdien nog slechts sprake van globale sturing van de zijde van de centrale overheid. In het Kaderbesluit zijn slechts die onderwerpen terug te vinden, waarvoor het wenselijk wordt geacht een regeling op centraal niveau te treffen. De vaststelling van de overige arbeidsvoorwaarden vindt plaats op decentraal niveau en is een zaak van de (verenigingen van) werkgevers en werknemers, resulterend in de totstandkoming van de collectieve arbeidsovereenkomsten. Aldus is ook de CAO-VO 1998–1999 tot standgekomen, die blijkens de akte van benoeming van Van der Kloet, op de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst van toepassing is, inclusief alle aanvullingen en wijzigingen, die deze CAO zal ondergaan.

Artikel 2 van het Kaderbesluit stelt de algemene arbeidsduur vast, welke in een normbetrekking geldt. Daarbij is aanvankelijk, zo blijkt uit de toelichting op dit artikel, 'uitgegaan van een werkweek van 38 uur (inmiddels verlaagd naar 36,86 uur), een gemiddeld aantal algemene en christelijke feestdagen over een periode van zeven jaar, en een gemiddelde vakantieduur zoals die geldt bij de rijksoverheid. Verder is ermee rekening gehouden dat er in deze sector feitelijk een sterke beperking is in de vrijheid van opname van vakantie-dagen'.

De CAO-VO bepaalt in artikel H1: 'Tenzij anders is bepaald geniet de werknemer behorend tot de functiecategorieën directie of leraren gedurende de schoolvakanties vakantieverlof met behoud van bezoldiging'. Uit de toelichting op deze bepaling uit de CAO blijkt dat partijen de bedoeling hebben gehad de vakantieregeling van het RPBO ook na 1 augustus 1996 te continueren. Gezien deze uitdrukkelijke bedoeling, is het van belang vast te stellen hoe die in het RPBO geregelde vakantieregeling, ten aanzien van het punt dat partijen verdeeld uit, dient te worden verstaan.

6.4 Ingevolge artikel I-C2, eerste lid, van het RPBO geniet onderwijsgevend personeel, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, gedurende de schoolvakanties, dan wel de periode waarin de instelling geen onderwijs verzorgt of examens afneemt, vakantieverlof met behoud van bezoldiging.

Deze regeling voorziet niet in 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 die inhoudt dat in bepaalde, nader –

deels door de Minister van Onderwijs, deels door de betreffende instelling — 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 het onderwijs in beginsel niet mogelijk is vakantie op te nemen en te genieten buiten de genoemde perioden; de schoolvakanties. Het vakantierecht waarop onderwijsgevend personeel aanspraak kan maken bestaat dan ook niet uit een vastgesteld aantal vakantiedagen, maar uit het genieten van verlof gedurende de schoolvakanties. Bij de vaststelling van de algemene arbeidsduur in een normbetrekking is met dit gegeven blijkens de toelichting bij het Kaderbesluit ook rekening gehouden.

6.5 De in de CAO-VO opgenomen vakantieregeling, welke CAO door partijen op hun arbeidsverhouding van toepassing is verklaard, wijkt mitsdien, anders dan Van der Kloet betoogt, in tal van opzichten principieel af van de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek, overigens ook in die zin dat het in artikel 7:634 BW gegarandeerde minimum aantal vakantiedagen meer dan ruimschoots wordt overschreden. De facto brengt de in de CAO-VO opgenomen regeling immers mee dat onderwijsgevend personeel 60 verlofdagen per jaar heeft, terwijl het wettelijke minimum neerkomt op slechts 20 dagen bij een volledig dienstverband. Van der Kloet komt dan ook in beginsel geen beroep toe op de bepalingen uit afdeling 3, titel 10 van boek 7 BW.

Voor zover Van der Kloet zich er op beroept dat het hier deels dwingendrechtelijke bepalingen betreft, ten aanzien waarvan artikel 7:645 BW bepaalt dat daarvan niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, miskent zij dat de Vereniging PC VO zich op grond van artikel 3:40 BW op deze betreffende CAO-bepalingen kan blijven beroepen, zolang deze niet zijn vernietigd. Nu enerzijds gesteld noch gebleken is dat Van der Kloet zich heeft bediend van een buitengerechtigde verklaring in de zin van artikel 3:49 en 50 BW en zij anderzijds ten processe heeft nagelaten zich op zodanige vernietigingsgrond te beroepen, wordt het geschil tussen partijen beheerst door de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Ten overvloede zij hierbij nog overwogen dat er, gezien de eigen aard van de overeengekomen vakantieregeling, in het onderhavige geval overigens ook geen sprake van is dat er door de Vereniging PC VO dagen waarop Van der Kloet de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschap en/of bevalling als vakantiedagen heeft aangemerkt.

6.6 Aldus resteert de vraag of het in de CAO-VO ontbreken van een compensatieregeling in geval van samenloop van vakantieverlof met verlof uit andere hoofde, zoals zwangerschaps- en bevallingsverlof, in strijd is met EG-recht en de Wet Gelijke Behandeling (hierna: WGB).

Onder verwijzing naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in de zaak 99/2598 AW van 17 mei 2001 wordt het navolgende overwogen.

Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG) (Pb. EG. 1992, L 348/1) bevat minimumvoorschriften ter bevordering van de gezondheid van werkneemsters tijdens zwangerschap, waaronder het recht op ten minste veertien aaneengesloten weken zwangerschapsverlof vóór en/of na de bevalling. Artikel 11, tweede lid, van deze richtlijn bepaalt voorts dat tijdens het zwangerschapsverlof in ieder geval moeten worden gewaarborgd de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst van de werkneemsters en het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering, welke uitkering ten minste het bedrag van een ziekte-uitkering dient te bedragen. Deze verwijzing naar de hoogte van de uitkering bij ziekte betreft een technisch referentiepunt waarin is voorzien in artikel 2, vierde lid, van het tijdelijk Besluit ziekte en arbeidsongeschiktheid onderwijs- en onderzoekspersoneel. Deze bepaling is hiermee in overeenstemming zodat met betrekking tot zwangerschaps- en bevallingsverlof voor onderwijsgevend personeel geen sprake is van strijd met deze richtlijn.

6.7 Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (Pb. EG 1976 L 39/40) beoogt in artikel 1, eerste lid, onder meer ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen te bewerkstelligen, hetgeen ingevolge artikel 2, eerste lid, inhoudt dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect. Artikel 5, eerste lid, van deze richtlijn bepaalt dat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden inhoudt dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden zonder discriminatie op grond van geslacht. Artikel 2, derde lid, van Richtlijn 76/207 bepaalt dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat betreft zwangerschap en moederschap. Dergelijke bepalingen zijn neergelegd in Richtlijn 92/85/EEG.

6.8 Voor zover Van der Kloet zich op het standpunt stelt dat rechtspositionele regels in verband met arbeidsongeschiktheid die voor mannen en vrouwen op gelijke wijze worden toegepast, ook als arbeidsongeschiktheid verband houdt met zwangerschap in strijd zijn met richtlijn 92/85, omdat arbeidsongeschiktheid vanwege zwangerschap als een ander geval beoordeeld dient te worden dan andersoortige arbeidsongeschiktheid wordt het navolgende overwogen.

In de op artikel I-C2, eerste lid, RPBO geënte verlobbepaling H1 uit de CAO-VO is geen sprake van gelijkstelling van zwangerschapsverlof met ziekte. De bepaling geeft slechts aan dat verlof tijdens de schoolvakanties wordt genoten. Aan de enkele omstandigheid dat de bezoldiging van de werkneemster die zwangerschaps- en bevallingsverlof geniet plaatsvindt conform de bezoldiging bij afwezigheid wegens ziekte, kan niet de conclusie worden verbonden dat het ontbreken van een compensatieregeling bij samenloop van schoolvakantie met zwangerschapsverlof het gevolg is van gelijkstelling van zwangerschapsverlof met ziekte. Bij toepassing van deze bepaling is dan ook geen sprake van een gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Hierbij wordt overwogen dat richtlijn 92/85 geen discriminatieverbod bevat, maar ziet op de bescherming van de gezondheid van werkneemsters bij zwangerschap en bevalling en het behoud van rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst.

6.9 Uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG) in de zaak Boyle (zaak C-411/96, *Jur.EG* 1998, blz. I-6401) kan worden afgeleid dat het zwangerschapsverlof weliswaar kan worden opgeschort bij samenloop met ziekteverlof – en binnen de minimumduur van veertien weken weer mag worden voortgezet indien het ziekteverlof is beëindigd – maar niet dat het gegarandeerde zwangerschapsverlof van veertien weken wordt verlengd met de periode van opschorting zoals in onderhavig geval wordt nagestreefd. In deze uitspraak is immers uitdrukkelijk vermeld dat de periode van veertien weken wordt berekend vanaf de aanvangsdatum van het zwangerschapsverlof. Deze uitleg is conform het doel en de strekking richtlijn 92/85. Deze richtlijn beoogt immers de bijzondere bescherming van de vrouw bij zwangerschap en bevalling gedurende een bepaalde minimumperiode. De werkneemster heeft recht op een zwangerschapsverlof van een periode van veertien aaneengesloten weken met de bedoeling om de vrouw te garanderen dat zij zich in de weken na de bevalling aan haar kind kan wijden. De samenloop met vakantieverlof maakt geen inbreuk op deze periode van tenminste veertien aaneengesloten weken, waardoor samenloop niet kan leiden tot strijd met deze richtlijn. Richtlijn 92/85/EEG verplicht er niet toe om in geval van samenloop van vakantieverlof met zwangerschapsverlof dit laatste verlof op te schorten en de werkneemster het recht te geven om na afloop van de schoolvakantie de resterende duur van het zwangerschapsverlof op te nemen.

6.10 Met betrekking tot richtlijn 92/85 kan, daar waar het ontbreken van iedere compensatieregeling het uitgangspunt is in de rechtsbetrekking tussen Vereniging PC VO en Van der Kloet, van verlies van rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst in geval van zwangerschap als bedoeld in artikel 11, tweede lid, van deze richtlijn geen sprake zijn.

De afwezigheid van een mogelijkheid tot compensatie in geval van samenloop van zwangerschapsverlof met andere soorten verlof, is slechts onverinig-

baar met Richtlijn 92/85/EEG indien de mogelijkheid van compensatie in geval van samenloop van verschillende soorten verlof een recht is dat aan de arbeidsovereenkomst is verbonden. Indien compensatie niet (tevens) in geval van zwangerschap zou zijn toegestaan, gaat een recht verbonden aan de arbeidsovereenkomst verloren. Nu de CAO-VO in het geheel geen compensatierecht geeft is er met betrekking tot het ontbreken van een compensatieregeling in geval van samenloop van zwangerschapsverlof met vakantieverlof, geen sprake van onverenigbaarheid met deze richtlijn.

Zoals reeds overwogen is niet aan de orde een ongeclausuleerd recht op een bepaald aantal vakantiedagen. De specifieke verlobbepaling in het onderwijs stelt Van der Kloet immers 'slechts' vrij 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 het geding, kan dan ook niet worden gekomen.

6.11 Voor zover gesteld is dat het ontbreken van een compensatieregeling in strijd is met de van mannen en vrouwen en de richtlijn 76/207, omdat verlies van vakantiedagen in geval van samenloop van vakantieverlof met bevallingsverlof zich alleen kan voordoen bij vrouwen, zodat zij in een nadeliger arbeidsvoorwaardenpositie verkeren dan mannen, wordt het navolgende overwogen.

De bepaling van artikel H1 CAO-VO is neutraal geformuleerd, zodat niet valt in te zien hoe van directe discriminatie sprake kan zijn. Hooguit zou sprake kunnen zijn van indirecte discriminatie. Van indirecte discriminatie is volgens het HvJEG sprake indien het gaat om verschillen die voortvloeien uit een schijnbaar neutraal criterium, dat echter tot resultaat heeft dat een groep werknemers wordt benadeeld die overwegend uit hetzelfde geslacht is samengesteld. Van indirecte discriminatie is slechts sprake indien een aanzienlijk percentage van het ene geslacht wordt benadeeld ten opzichte van het andere geslacht.

Zoals eerder overwogen met betrekking tot het specifieke karakter van de vakantieregeling in het onderwijs is van verlies van rechten bij samenloop van vakantieverlof met bevallings- en zwangerschapsverlof geen sprake, maar heeft onderwijsgevend personeel recht op het genieten van verlof tijdens de schoolvakanties. Deze regeling impliceert dat buiten de vastgestelde schoolvakanties geen vrij opneembaar extra vakantieverlof kan worden opgenomen. Deze omstandigheid maakt een onlosmakelijk deel uit van het geheel van de regeling en dus van de arbeidsvoorwaarden van onderwijsgevenden. Voor zover deze omstandigheid als een nadeel kan worden bestempeld, moet worden vastgesteld dat dit nadeel zich niet voordoet als gevolg van zwangerschap, maar inherent is aan de rechtsbetrekking in

het onderwijs en niet is terug te voeren op onderscheid op grond van een verboden criterium.

Ter uitvoering van richtlijn 76/207/EEG is op 1 juli 1989 in werking getreden de Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 76/207/EEG, kortweg WGB. Nu de WGB naar vaste rechtspraak conform de communautaire regels en beginselen dient te worden uitgelegd, is, gelet op het voorgaande, van strijd met de WGB geen sprake.

6.12 Terecht heeft de Centrale Raad van Beroep overwogen dat het ontbreken van een compensatieregeling bij samenloop van schoolvakantie met bevallings- en zwangerschapsverlof, veeleer geduid moet worden als het ontbreken van een bepaald voordeel. Het ontbreken van een voordeel is niet op één lijn te stellen met het optreden van nadeel. De omstandigheid dat, in het geval de beoogde compensatieregeling wel zou hebben bestaan, dit met name voor zwangere vrouwen een voordeel zou kunnen opleveren, kan niet betekenen dat het ontbreken van dat voordeel een onderscheid oplevert dat op grond van de richtlijnen en de daarop gebaseerde nationale wetgeving verboden is.

6.13 Aan het debat van partijen met betrekking tot de vraag of sprake is van eventuele rechtvaardigingsgronden wordt, gelet op het vorenoverwogene, niet meer toegekomen.

6.14 Van der Kloet zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep.

(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, zo nodig in verband met elkaar te lezen redenen:

Inleiding

1. Met ingang van 1 augustus 1998 is eiseres tot cassatie, ook wel aan te duiden als Van der Kloet, voor onbepaalde tijd benoemd tot lerares aan Sprengeloo, Christelijke Scholengemeenschap voor Voortgezet Onderwijs, te Apeldoorn, verweerster in cassatie, ook wel aan te duiden als VPCVO. Van der Kloet heeft in de periode van 17 april 1999 tot en met 7 augustus 1999 zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten.

2. De overeenkomst tussen Van der Kloet en VPCVO is een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, waarop naast de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (en wel titel 10 van boek 7) ook van toepassing is de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Voortgezet Onderwijs 1998-1999, inclusief alle aanvullingen en wijzigingen die deze CAO (CAO-VO) ondergaat, alsmede titel I van het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RPBO) betreffende de vakantieregeling.

3. Van der Kloet heeft niet in de zin van artikel 7:636 BW ingestemd met het (deels) aanmerken van de periode van Van der Kloet's zwangerschaps- en bevallingsverlof als vakantie.

4. Zo zijn de vaststaande feiten door de Rechtbank weergegeven, met uitzondering van de toepasselijkheid van het RPBO betreffende de vakantieregeling; dat is bij de overwegingen vastgesteld. Tegen deze vaststelling van feiten bestaan geen bezwaren bij Van der Kloet.

5. De vraag die in lagere instanties beantwoord moest worden was of Van der Kloet er recht op heeft de als vakantie aangewezen periode die samenvalt met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof (in totaal een periode van acht weken) alsnog buiten de vastgestelde vakantieperiode als vakantie op te nemen. De Kantonrechter heeft deze vraag bevestigend beantwoord, maar de Rechtbank heeft dezelfde vraag ontkennend beantwoord.

Klachten

I De Rechtbank heeft in r.o. 6.4, zakelijk weergegeven, geoordeeld, dat het RPBO niet voorziet in toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. Deze beslissing en overweging zijn evenwel rechtens onjuist, cq. zijn deze beslissing en overweging onbegrijpelijk, dan wel zonder nadere redengeving (die ontbreekt) onbegrijpelijk. De redenering van de Rechtbank komt daarmee immers in strijd met de bepalingen in titel 10 van boek 7 BW, die op dit punt *dwingendrechtelijk* van aard zijn en waarvan niet kan worden afgeweken. De beslissing van de Rechtbank op dit punt zou ook strikt genomen inhouden, dat een onderwijsgevende geen recht zou hebben op vakantiedagen, hetgeen met name in strijd komt met het bepaalde in art. 7:634 lid 1 BW. Bovendien is de vakantieaanspraak op grond van het RPBO wel degelijk mede afhankelijk van de omvang en de duur van de betrekking, zoals door Van der Kloet in feitelijke instanties uitdrukkelijk is aangevoerd (vide o.m. de akte uitlating producties van 2 augustus 2001, par. 2 en 3).

II De Rechtbank heeft, zakelijk weergegeven, overwogen dat Van der Kloet geen beroep toekomt op de bepalingen uit afdeling 3, titel 10 van boek 7 BW. De Rechtbank heeft hieraan als motivering meegegeven dat de CAO-VO in veel opzichten principieel afwijkt van de bepalingen uit het BW, onder andere aangezien de CAO-VO met zich brengt dat het onderwijs gevend personeel recht heeft op zo'n 60 vakantiedagen per jaar, terwijl het wettelijk minimum volgens het BW 20 dagen is. Deze beslissing en overwegingen zijn evenwel rechtens onjuist, cq. zijn deze beslissing en overwegingen onbegrijpelijk, dan wel zonder nadere redengeving (die ontbreekt) onbegrijpelijk, aangezien (zoals ook hiervoor aangegeven) de bepalingen in titel 10 van boek 7 *dwingendrechtelijk* van aard zijn. De CAO-VO wijkt, zo bezien, niet zozeer af van de bepalingen uit het BW, maar geeft op het punt van het aantal vakantiedagen een ruimere regeling dan de, door de Rechtbank terecht

opgemerkte, *minimum* regels van het BW. Titel 10 van boek 7 van het BW geeft als het ware de bodem voor datgene wat is toegestaan arbeidsvoorwaardelijk gezien.

Van dwingendrechtelijke bepalingen uit een wet in formele zin kan niet afgeweken worden, en zeker niet bij een regeling als het RPBO. Nu vaststaat dat deze bepalingen ook in de situatie van Van der Kloet onbepaald gelden en nu ook vaststaat dat Van der Kloet niet heeft ingestemd met het aanmerken van haar zwangerschaps- en/of bevallingsverlof als vakantieverlof (zoals wordt verlangd door artikel 7:636 BW), betekent dit dat de dagen in 1999 waarop de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof van Van der Kloet samenviel met de schoolvakantie, niet kunnen worden aangemerkt als vakantieperioden, maar moeten worden aangemerkt als dagen waarop Van der Kloet zwangerschaps- en bevallingsverlof had.

Althans is de overweging van de Rechtbank, dat aan Van der Kloet (in beginsel) geen beroep toekomt op de bepalingen uit afdeling 3, titel 10 van boek 7 BW onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd, nu de Rechtbank niet aangeeft, op welke specifieke bepaling zij daarbij het oog heeft gehad. Door Van der Kloet is, naast art. 7:634 BW, onder meer uitdrukkelijk een beroep gedaan op art. 7:635 lid 2 BW en art. 7:636 BW (vide o.m. Memorie van Antwoord par. 11) en onbegrijpelijk, althans zonder nadere overwegingen onbegrijpelijk, is, waarom aan Van der Kloet geen beroep op die bepalingen zou toekomen.

Met haar overweging, zakelijk weergegeven, dat Van der Kloet heeft nagelaten zich op een (buitengerechtelijke) vernietigingsgrond te beroepen, heeft de Rechtbank miskend, dat art. 3:40, tweede lid, laatste zinsnede BW bepaalt: '... een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit', welke uitzonderingsbepaling zich ten deze voordoet, zodat de overwegingen van de Rechtbank ook op dit punt rechtens onjuist zijn, cq. deze beslissing en overwegingen onbegrijpelijk zijn, dan wel zonder nadere motivering (die ontbreekt) onbegrijpelijk zijn.

Bovendien is door Van der Kloet bij herhaling aangevoerd, dat van de dwingendrechtelijke bepalingen terzake niet kan worden afgeweken (vide o.a. (impliciet) inleidende dagvaarding par. 4, Memorie van Antwoord par. 11, 12 en 13; akte uitlating producties d.d. 2 augustus 2001, par. 4), hetgeen de Rechtbank in redelijkheid had moeten opvatten als een beroep op een vernietigingsgrond terzake, waarmee de beslissing van de Rechtbank in het licht van de gedingstukken evenzeer onbegrijpelijk is, althans zonder nadere redengeving (die ontbreekt) onbegrijpelijk is, c.q. de Rechtbank is voorbijgegaan aan de essentiële stelling van Van der Kloet terzake.

III De Rechtbank heeft voorts, kort gezegd, overwogen dat het ontbreken van een compensatieregeling in de CAO-VO ingeval van samenloop van vakantieverlof en verlof uit anderen hoofde, zoals zwangerschaps- en bevallingsverlof, niet in strijd is

met EG-recht, met name niet met richtlijn 92/85 betrekkelijk bepalingen ter bescherming van de vrouw, met name voor wat betreft zwangerschap en moederschap. De kern van 's Rechtbanks overweging is dat van verlies van rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst geen sprake kan zijn in het geval van zwangerschap omdat er geen sprake zou zijn van een ongeclausuleerd recht op vakantieperioden ingevolge de CAO-VO en het RPBO. Zulks is evenwel strijdig met het recht, cq. is deze overweging en beslissing onbegrijpelijk, dan wel zonder nadere redengeving (die ontbreekt) onbegrijpelijk.

Ondanks de overwegingen van de Rechtbank op dit punt, blijft daarmee immers recht overeind staan dat Van der Kloet gedurende haar zwangerschapsverlof haar vakantieverlof niet kan genieten, hetgeen nu juist het onderwerp van geschil is. Gedurende dat zwangerschaps- en bevallingsverlof was Van der Kloet niet in staat het vakantieverlof te consumeren, eenvoudigweg omdat ze zwangerschaps- en bevallingsverlof had. Het is dan toch evident zo, dat door die samenloop van schoolvakantie met het zwangerschaps- en bevallingsverlof een aantal vakantieperioden is verloren gegaan, althans zonder dat daarvoor een deugdelijke compensatieregeling is getroffen. De enig mogelijke conclusie is dan ook dat er wel degelijk een recht verloren is gegaan; namelijk het recht op vakantieverlof, zonder dat daarvoor een compensatie in het leven is geroepen en dus moet geconcludeerd worden dat er sprake is van een schending van de EG-richtlijn.

IV De Rechtbank heeft tenslotte, zakelijk weergegeven, overwogen dat het ontbreken van een compensatieregeling niet strijdig is met richtlijn 76/207 betreffende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de daaruit voortgevloeide Wet Gelijke Behandeling (WGB). De Rechtbank heeft geconcludeerd, dat er noch direct noch indirect onderscheid wordt gemaakt door geen compensatie toe te kennen voor tijdens vakantie genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof.

Deze beslissing en overwegingen zijn evenwel rechtens onjuist, cq. zijn deze beslissing en overweging onbegrijpelijk, dan wel zonder nadere redengeving (die ontbreekt) onbegrijpelijk. Immers, verlof wegens bevalling doet zich uitsluitend voor bij vrouwen. Het ontbreken van een compensatieregeling voor vakantieverlof tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof brengt met zich mee dat vrouwen die bevallingsverlof genieten in omvang minder aanspraak hebben op vakantieverlof dan hun mannelijke collega's. Op dat punt verkeren vrouwelijke onderwijzers dus in een nadeliger arbeidsvoorwaardenpositie dan mannelijke onderwijzers. Omdat verlof wegens bevalling zich uit de aard der zaak alleen bij vrouwen voordoet, levert deze stand van zaken wel degelijk een direct onderscheid op tussen mannen en vrouwen en dus een schending van de richtlijn, alsmede van de WGB. En nu het in casu om *directe* discriminatie gaat (die bedoelde richtlijn

verbiedt), blijven eventuele rechtvaardigingsgronden buiten beschouwing.

Conclusie A-G mr. Langemeijer:

Deze zaak betreft de samenloop van het zwangerschaps- en bevallingsverlof en de vakantie in de zin van art. I-C2 lid 1 RpbO, een vraagstuk waarover de Hoge Raad zich reeds eerder heeft uitgesproken.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan¹:

1.1.1. Eiseres tot cassatie, Van der Kloet (hierna: de lerares), is met ingang van 1 augustus 1998 voor onbepaalde tijd benoemd tot lerares aan Sprengeloo, Christelijke Scholengemeenschap voor Voortgezet Onderwijs te Apeldoorn.

1.1.2. Tussen partijen is sprake van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht waarop de bepalingen van titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek alsmede de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Voortgezet Onderwijs 1998/1999 (hierna: de CAO-VO), inclusief de aanvullingen en wijzigingen daarop, van toepassing zijn.

1.1.3. In de periode van 17 april 1999 tot en met 7 augustus 1999 heeft de lerares zwangerschaps- resp. bevallingsverlof genoten.

1.1.4. De lerares heeft niet ingestemd – in de zin van art. 7:636 BW – met het (deels) aanmerken van bovengenoemde periode als vakantieverlof.

1.2. Bij inleidende dagvaarding d.d. 29 april 1999 heeft de lerares gevorderd voor recht te verklaren dat de dagen waarop de schoolvakanties samenvallen met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof (in totaal 8 weken) niet worden aangemerkt als vakantie en dat zij gerechtigd is dit aantal dagen alsnog als vakantieverlof op te nemen buiten de vastgestelde schoolvakanties. Tevens heeft zij gevorderd dat de Vereniging wordt veroordeeld te gehengen en te gedogen dat zij de niet genoten vakantieverlofdagen opneemt aansluitend aan haar bevallingsverlof, althans op een in nader overleg te bepalen tijdstip gelegen buiten de schoolvakanties.

1.3. De lerares heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat wanneer het zwangerschaps- of bevallingsverlof samenvalt met een schoolvakantie, deze dagen ingevolge art. 7:636 (oud) BW slechts met haar instemming mogen worden aangemerkt als opgenomen vakantieverlofdagen en dat zij daarmee niet heeft ingestemd.

1.4. Als subsidiaire grondslag heeft zij aangevoerd dat de Vereniging een verboden onderscheid maakt op grond van geslacht en dus onrechtmatig jegens haar handelt door niet toe te staan dat zij de niet genoten vakantieverlofdagen opneemt buiten de vastgestelde schoolvakanties en ook een regeling ter compensatie van niet genoten vakantieverlofdagen ontbreekt.

¹ Zie rov. 3 van het bestreden vonnis.

1.5. De kantonrechter te Apeldoorn heeft bij vonnis van 7 juni 2000 de vordering van de lerares toegewezen. De kantonrechter overwoog dat in de toepasselijke CAO-VO het regiem van het Rechtspositiebesluit bijzonder onderwijs (RpbO)² naadloos is overgenomen, zodat de toetsing in dit geding materieel het RpbO betreft. Vervolgens overwoog de kantonrechter dat partijen ervan uitgaan dat in de onderwijssector de regel geldt dat buiten de schoolvakanties geen compensatie plaatsvindt van verlofaanspraken. Het gevolg hiervan, namelijk dat de lerares ten gevolge van de samenloop van de schoolvakantie met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof geen volledig vakantieverlof kan genieten, achtte de kantonrechter in strijd met de Wet gelijke behandeling zoals deze behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de EG-Richtlijn 76/207³.

1.6. De Vereniging heeft hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Zutphen. Bij vonnis van 1 november 2001 heeft de rechtbank het vonnis van de kantonrechter vernietigd en de vordering van de lerares alsnog afgewezen. De rechtbank deelde het oordeel van de kantonrechter dat de partijen bij de CAO-VO de bedoeling hebben gehad de vakantieregeling van het RpbO ook na 1 augustus 1996 te voort te zetten (rov. 6.3). De vakantieregeling van het RpbO moet zo worden uitgelegd, dat de vakantie-rechten waarop onderwijsgevend personeel aanspraak kan maken niet bestaan in een bepaald aantal vakantieverlofdagen, maar uit het genieten van verlof *gedurende de vastgestelde schoolvakanties* (rov. 6.4)⁴. De in de CAO-VO opgenomen vakantieregeling wijkt daarmee af van de vakantieverlofbepalingen in het BW, met dien verstande dat het in art. 7:634 BW gegarandeerde minimumaantal vakantieverlofdagen ruimschoots wordt overschreden, omdat de schoolvakanties langer zijn. Voor zover de lerares zich erop heeft beroepen dat het hier gaat om dwingendrechtelijke BW-bepalingen waarvan – op grond van art. 7:645 BW – niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken, heeft de rechtbank overwogen dat de Vereniging zich op de CAO-bepalingen mag beroepen zolang deze niet zijn vernietigd. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een buitengerechtigde verklaring tot vernietiging in de zin van art. 3:49 – 3:50 BW en heeft de lerares ook ten processe zich niet op deze vernietigingsgrond beroepen. Gezien de eigen aard van de vakantieregeling in het onderwijs, heeft de Vereniging de dagen in de schoolvakantie waarop de lerares de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschap of bevalling aangemerkt als 'vakantie' (rov. 6.5).

² KB van 28 februari 1985, *Stb.* 110, nadien gewijzigd; editie *S&J* 60 A-I.

³ 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 promotiekanalen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* L 039 (ook in editie *S&J* 213); hierna verkort aangeduid als: de Richtlijn gelijke behandeling m/v.

⁴ Zie art. H1 van de CAO-VO 1998/99.

1.7. Aldus resteerde voor de rechtbank de vraag of het ontbreken van een compensatieregeling voor samenloop van de schoolvakanties met een zwangerschaps- en bevallingsverlof in strijd is met het EG-recht en met de Wet gelijke behandeling. Deze vraag is door de rechtbank ontkennend beantwoord (rov. 6.6-6.12).

1.8. De lerares heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De Vereniging heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna de Vereniging nog heeft gedupliceerd.

2. *Bespreking van het cassatiemiddel*

2.1. Op 9 augustus 2002 heeft de Hoge Raad vier arresten gewezen waarin de samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met de schoolvakanties aan de orde is gesteld⁵. De Hoge Raad overwoog in navolging van de Centrale Raad van Beroep⁶ dat art. I-C2 lid 1 RpbO aan het onderwijzend personeel niet een bepaald aantal dagen vakantieverlof toekent en evenmin voorziet in de mogelijkheid van opbouw van vakantieverlofdagen. Dit heeft niet tot gevolg dat de leraressen geen recht hebben op een bepaald aantal dagen vakantieverlof: art. 7:634 BW bepaalt immers dat een werknemer recht heeft op een minimumaantal dagen vakantieverlof per jaar. Bij een voltijdsbetrekking gaat het om vier weken oftewel 20 (4 maal 5) dagen per jaar. Van dit recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. In de destijds aan de Hoge Raad voorgelegde zaken was niet gesteld of gebleken dat een groter aantal vakantiedagen dan het wettelijk minimum was overeengekomen. Gezien de spreiding en de duur van de schoolvakanties werd aannemelijk geacht dat de leraressen, aangenomen dat zij recht hebben op vakantieverlof zonder dat dit samenvalt met een zwangerschaps- of bevallingsverlof, alle vakantieverlofdagen die hen wettelijk toekomen kunnen opnemen tijdens de (overige) schoolvakanties.

2.2. In de zaak C 01/247 is de Hoge Raad tevens ingegaan op de vraag of het RpbO een (verboden) onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen. Hij oordeelde dat art. I-C2 lid 1 RpbO seksneutraal is omdat mannelijke en vrouwelijke leerkrachten gelijkelijk recht hebben op vakantieverlof gedurende de schoolvakanties. Daar aannemelijk was dat de betrokken lerares, ervan uitgaande dat zij recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof zonder dat dit samenvalt met een vakantieverlof, de haar toekomende dagen vakantieverlof heeft kunnen opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties, was in zoverre geen sprake van een verboden onderscheid als

bedoeld in art. 7:646 BW. Aansluitend werd overwogen dat leerkrachten in het basisonderwijs bij een normale fulltime-werkweek (ook) tijdens de schoolvakanties geacht worden te werken aan niet-lesgebonden taken, met name aan deskundigheidsbevordering. Daarom werd door de Hoge Raad denkbaar geacht dat een lerares van wie het zwangerschapsverlof (gedeeltelijk) samenvalt met een schoolvakantie, tóch een zodanig nadeel ondervindt dat sprake is van een door art. 7:646 lid 1 in verbinding met lid 5 BW verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Dit kan zich met name voordoen wanneer een lerares, in verband met het gedurende een schoolvakantie genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof, in de resterende schoolvakanties minder tijd ter beschikking heeft dan haar mannelijke collega's om niet-lesgebonden werkzaamheden te verrichten en daarnaast haar wettelijk minimumaantal vakantieverlofdagen op te nemen.

2.3. In de huidige zaak is een andere CAO aan de orde, te weten de CAO-VO 1998/1999, maar de problematiek is in wezen dezelfde als in de arresten van 9 augustus 2002. De rechtbank heeft immers vastgesteld dat de partijen bij de CAO-VO 1998/1999 de vakantieregeling van (art. I-C2 lid 1 van) het RpbO hebben willen voortzetten en dat deze CAO van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de lerares.

2.4. *Middelonderdeel I* richt een rechtsklacht tegen het oordeel (in rov. 6.4) dat art. I-C2 lid 1 RpbO niet voorziet in toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen noch in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. Volgens het middelonderdeel is dit wel het geval.

2.5. Deze klacht, welke is opgesteld in januari 2002, kan worden verworpen onder verwijzing naar de arresten van 9 augustus 2002⁷. De 'vakantie' in het RpbO is slechts de periode waarin geen les behoeft te worden gegeven. Dat is niet hetzelfde als de bepaling van het aantal vakantieverlofdagen waarop een leraar recht heeft. Een leraar heeft ook niet-lesgebonden taken. Het aantal vakantieverlofdagen van onderwijzend personeel wordt niet in het RpbO vastgesteld. Om deze reden faalt de rechtsklacht. De klacht dat de beslissing van de rechtbank erop neerkomt dat een onderwijsgevende helemaal geen recht zou hebben op vakantieverlofdagen, hetgeen in strijd zou komen met art. 7:634 lid 1 BW, gaat niet op omdat de lerares in ieder geval recht heeft op het wettelijk minimumaantal vakantieverlofdagen. Zij kan – buiten het tijdvak waarin zij zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten – het haar toekomende wettelijk minimumaantal vakantieverlofdagen opnemen gedurende de overige schoolvakanties. De subsidiaire motiveringsklacht faalt reeds omdat een rechtsoordeel niet met vrucht kan worden bestreden door middel van een motiveringsklacht.

2.6. *Middelonderdeel II* is gericht tegen de eerste alinea van rov. 6.5, waar de rechtbank overweegt dat

5 De zaken C01/193HR, C01/194HR en C01/247HR hadden betrekking op het bijzonder basisonderwijs, zaak C01/244HR op het beroepsonderwijs; zie RvdW 2002, 133 (NJ 2004, 221; red.) en 134 (NJ 2004, 222; red.); JAR 2002, 206 en 207. Deze arresten zijn besproken door S. Burri en Y. Konijn in: ArA 2002, 3, blz. 71 e.v., door K. Boonstra, in: *Rechtshulp* 2002-10, blz. 10 e.v. en door F.A. van Hassel in: *School en Wet*, nr. 1, 2003, blz. 8 e.v.

6 CRvB 17 mei 2001, JB 2001, 217, m.nt. A.W. Heringa.

7 Ik werk dit niet verder uit, omdat de lerares in haar s.t. (blz. 6) zelf al ervan uitgaat dat de Hoge Raad het eerste onderdeel zal afdoen overeenkomstig de arresten van 9 augustus 2002.

de lerares in beginsel geen beroep kan doen op de bepalingen van afdeling 3, titel 10 van boek 7 BW. De rechtbank motiveert dit oordeel aldus, dat de in de CAO-VO opgenomen en aan het RpbO ontleende vakantieregeling principieel afwijkt van de vakantiebepalingen in het Burgerlijk Wetboek en dat de lerares heeft nagelaten zich in of buiten rechte te beroepen op de nietigheid van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met de wet (rov. 6.5).

2.7. Het middelonderdeel stelt terecht voorop dat de dwingendrechtelijke regels in titel 10 van boek 7 BW, waaronder art. 7:636 BW, niet opzij worden gezet door de vakantieregeling van het RpbO, noch door een CAO die de vakantieregeling van het RpbO 'naadloos' overneemt. Om die reden moet ervan worden uitgegaan, dat de dagen waarop de lerares zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten op grond van art. 7:636 BW niet mogen worden aangemerkt als opgenomen vakantieverlofdagen.

2.8. De rechtbank heeft dit uitgangspunt niet miskend, maar heeft overwogen dat de lerares noch in rechte noch buiten rechte een beroep heeft gedaan op nietigheid van de vakantieregeling in de CAO-VO wegens strijd met de dwingendrechtelijke regel van art. 7:636 BW. Deze beslissing wordt bestreden in het tweede gedeelte van het middelonderdeel (blz. 5 van de cassatiedagvaarding). De lerares stelt, kort samengevat, dat de rechtbank uit de strekking van de desbetreffende wettelijke bepalingen en uit diverse, in het onderdeel genoemde passages uit de gedingstukken een beroep van de lerares op deze grond voor vernietiging had moeten afleiden. Nu de rechtbank deze gevolgtrekking niet heeft gemaakt, acht het middelonderdeel de motivering van de beslissing onbegrijpelijk.

2.9. M.i. is deze motiveringsklacht gegrond. In hoger beroep (MvA par. 11–13) heeft de lerares zich beroepen op art. 7:636 BW en ook op art. 7:645 BW, dat bepaalt dat niet ten nadele van de werknemer van art. 7:636 BW mag worden afgeweken. Dit laat geen andere lezing toe dan dat de lerares een beroep heeft gedaan op deze vernietigingsgrond. Voor zover de rechtbank van oordeel mocht zijn dat artikel 7:636 BW niet van toepassing is op onderwijzend personeel, omdat voor onderwijzend personeel niet een recht bestaat op een bepaald aantal vakantieverlofdagen (overeenkomstig het wettelijk minimum van art. 7:634 of het aantal dat tussen partijen is overeengekomen) en uitsluitend een niet in dagen uitgedrukt recht bestaat op vakantie gedurende de schoolvakanties, vloeit uit de arresten van 9 augustus 2002 voort dat art. 7:636 BW hier wél toepasselijk is.

2.10. De s.t. van de Vereniging (blz. 7) stelt echter de vraag, of de lerares wel belang heeft bij deze klacht. Ervan uitgaande dat de lerares recht heeft op vakantieverlof overeenkomstig het wettelijk minimum, dus recht heeft op vier weken (20 dagen) vakantieverlof per jaar, moet zij in staat worden geacht het haar toekomstige aantal vakantieverlofdagen op te nemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. De rechtbank heeft vastgesteld dat de schoolvakanties in het voortgezet onderwijs 60 dagen (12 weken

maal 5 werkdagen) omvatten. Wanneer 40 dagen (acht weken van 5 werkdagen) van het zwangerschaps- of bevallingsverlof samenviel met de schoolvakantie, resteren 20 dagen om vakantieverlof op te nemen. Onderdeel II kan om deze reden worden verworpen bij gebrek aan belang.

2.11. *Middelonderdeel III* klaagt dat, anders dan de rechtbank oordeelde, het ontbreken van compensatie voor dagen waarop het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met vakantieverlof strijdig is met Richtlijn 92/85 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 (de Zwangerschapsrichtlijn)⁸.

2.12. Uit de vaststaande feiten volgt dat de lerares het zwangerschaps- en bevallingsverlof waarop zij ingevolge de Zwangerschapsrichtlijn aanspraak mag maken (tenminste 14 aaneengesloten weken) feitelijk heeft genoten. De rechtbank heeft in de slotzin van rov. 6.5 overwogen dat de Vereniging de dagen waarop de lerares de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschap en bevalling niet als vakantieverlof heeft aangemerkt. De klacht mist om deze reden feitelijke grondslag.

2.13. *Middelonderdeel IV* heeft betrekking op de Richtlijn gelijke behandeling m/v en op de Wet gelijke behandeling⁹. In het onderdeel wordt aangevoerd dat het ontbreken van een compensatieregeling meebrengt dat vrouwelijke leraren die zwangerschaps- of bevallingsverlof genieten per saldo minder vakantieverlof genieten en daarmee in een nadeliger arbeidsvoorwaardenpositie verkeren dan hun mannelijke collega's.

2.14. In de s.t. namens de lerares (blz. 9–11) wordt een beroep gedaan op de arresten van het Hof van Justitie van de EG van 30 juni 1998, NJ 1999, 476 (Brown/Rentokil) en 27 oktober 1998, NJ 1999, 518 (Boyle e.a./Equal Opportunities Commission). Beide arresten zijn reeds ter sprake gekomen in mijn conclusie voorafgaand aan HR 9 augustus 2002, nr. C 01/247. In de zaak Boyle was de verhouding tussen ziekteverlof en bevallingsverlof aan de orde met de consequenties daarvan voor de datum van ingang. In de zaak Brown werd, kort gezegd, beslist dat wanneer het nationale recht een ontslag toestaat na een bepaalde termijn van ziekte, de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet als ziekteperiode mag worden meegeteld. Geen van beide gevallen doet zich thans voor. De s.t. wil uit deze arresten van het HvJ EG evenwel de algemene conclusie trekken dat inbreuken op het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof niet toelaatbaar zijn en dat vrouwen die zwangerschaps- of bevallingsverlof

8 PbEG 1992, L 348; tevens opgenomen in editie S&J nr. 213.

9 Het middel onderscheidt niet tussen de Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (wet van 1 maart 1980, Stb. 86) en de Algemene wet gelijke behandeling (wet van 2 maart 1994, Stb. 1994, 230); klaarblijkelijk is de eerstgenoemde wet bedoeld.

genieten niet een geringere aanspraak op vakantieverlof mogen hebben dan hun mannelijke collega's. Volgens de s.t. brengt het ontbreken van een compensatieregeling noodzakelijkerwijs mee dat vrouwelijke leraren die zwangerschaps- of bevallingsverlof genieten tijdens de schoolvakanties minder aanspraak op vakantieverlof hebben dan mannelijke leraren.

2.15. Wanneer het recht op vakantieverlofdagen gelijk zou zijn aan de duur van de schoolvakanties en bovendien geen compensatie wordt geboden voor de dagen waarop het zwangerschaps- of bevallingsverlof samenvalt met de schoolvakanties, zou het middel gegrond zijn. In dat geval zou immers sprake van een direct onderscheid tussen mannen en vrouwen (art. 7:646 lid 5 BW). De genoemde veronderstelling is echter onjuist. Wanneer de lerares slechts aanspraak heeft op het wettelijk minimumaantal vakantieverlofdagen (art. 7:634 BW), moet zij in staat worden geacht haar vakantieverlofdagen op te nemen gedurende de (resterende) schoolvakanties. Exclusief de periode van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof kan zij dan evenveel vakantieverlofdagen opnemen als waarop haar mannelijke collega's recht hebben. In dit geding is, afgezien van de hiervoor verworpen interpretatie van art. 1-C2 RpbO, niet gesteld dat tussen partijen meer vakantieverlofdagen zijn overeengekomen dan het wettelijk minimumaantal.

2.16. In de commentaren op de arresten van 9 augustus 2002¹⁰ is gewezen op de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Thibault¹¹. In deze door het HvJ EG behandelde zaak had het door een werkneemster genoten zwangerschaps- en bevallingsverlofverlof tot gevolg dat zij niet voldeed aan de voorwaarde van zes maanden aanwezigheid, welke voorwaarde werd gesteld aan het recht op een jaarlijkse beoordeling; dat recht maakte een integrerend deel uit van de voorwaarden van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 5 lid 1 van de Richtlijn gelijke behandeling m/v. Het HvJ EG achtte dit resultaat in strijd met het discriminatieverbod, omdat de Richtlijn vereist dat de vrouwelijke werknemer wier arbeidsovereenkomst met haar werkgever tijdens haar zwangerschap doorloopt niet het voordeel verliest van arbeidsvoorwaarden die zowel voor vrouwelijke als voor mannelijke werknemers gelden en uit de arbeidsverhouding voortvloeien. De beslissing in de zaak Thibault laat zich m.i. niet vergelijken met de onderhavige zaak, reeds omdat uit de vakantie-regeling van het RpbO die in de CAO-VO is voortgezet niet het recht voortvloeit op een bepaald aantal vakantieverlofdagen.

2.17. Niettemin acht ik de klacht gegrond voor zover onderdeel IV klaagt dat de rechtbank miskent dat vrouwelijke leraren door het ontbreken van een compensatieregeling in een nadeliger arbeidsvoorwaardenpositie kunnen komen te verkeren dan hun mannelijke collega's. Met het oordeel dat het ontbre-

ken van een compensatieregeling niet strijd is met het EG-recht en met de Wgb, gaat de rechtbank voorbij aan het feit dat door het ontbreken van enigerlei compensatie een lerares, van wie het zwangerschaps- en bevallingsverlof gedeeltelijk samenvalt met de schoolvakantie, minder 'vakantieverlof' heeft in de betekenis die art. 1-C2 lid 1 RpbO daaraan geeft, namelijk doordat zij – in vergelijking met haar mannelijke collega's – over minder tijd beschikt om de niet-lesgebonden taken te verrichten. Voor een algemene beschrijving van deze problematiek moge ik verwijzen naar het arrest van 9 augustus 2002 nr. C 01/247. In hoger beroep heeft de lerares uiteengezet dat de CAO evenals het RpbO uitgaat van een normjaartaak van 1659 uur voor een voltijdsbetrekking, inclusief de arbeidsduurverkortung. Bij een normale werkweek heeft dit aantal uren tot gevolg dat de leraar of lerares niet-lesgebonden taken moet verrichten hetzij gedurende de schoolvakanties hetzij als overuren gedurende de schoolweken¹². Indien zij de niet-lesgebonden taken zou moeten verrichten gedurende de schoolvakanties, zijn de 60 dagen weer niet toereikend om – naast de 40 dagen waarin het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenviel met de schoolvakantie – haar 20 dagen vakantieverlof op te nemen.

2.18. Indien het gestelde juist is, leidt het ontbreken van een compensatieregeling inderdaad tot een verboden onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke leraren. Om deze reden kan het bestreden vonnis niet in stand blijven en zal na verwijzing alsnog moeten worden onderzocht of in dit opzicht sprake is van een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden. Aantekening verdient dat een dergelijke benadeling op verschillende wijzen kan worden opgeheven. Het is mogelijk, door het toekennen van extra vrije dagen buiten de schoolvakanties het nadeel op te heffen; in die benadering zou de vordering toewijsbaar zijn. Het is echter ook denkbaar, dat zulk een 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 de haar toekomende vakantieverlofdagen en bovendien aan de 10% tijd die zij volgens de CAO-VO mag besteden aan deskundigheidsbevordering¹³; wordt voor die oplossing gekozen, dan behoeft geen compensatie meer plaats te vinden in de vorm van toekenning van extra verlofdagen buiten de schoolvakanties. Na verwijzing zullen partijen zich over deze modaliteiten kunnen uitlaten.

3. Conclusie

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

10 Zie m.n. Burri en Konijn, a.w., p. 80-85 en Boonstra, a.w., p. 14.

11 HvJ 30 april 1998, C-136/95, *Jur.* 1998, p. I-2011.

12 Vgl. MvA blz. 4-5 onder d.

13 Zie art. C5, lid 8, van de CAO-VO 1998/99. Bij een voltijdsbetrekking komt dit neer op 166 uur per jaar, die – behoudens het in de CAO gestelde – naar eigen inzicht kunnen worden besteed.

Hoge Raad:**1. Het geding in feitelijke instanties**

Eiseres tot cassatie – verder te noemen: de lerares – heeft bij exploit van 29 april 1999 verweerster in cassatie – verder te noemen: de vereniging – op verkorte termijn gedagvaard voor de kantonrechter te Apeldoorn en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I te verklaren voor recht dat de vastgestelde vakantiedagen die samenvallen met het zwangerschaps- en bevallingsverlof van Van der Kloet (in totaal acht weken) niet worden aangemerkt als vakantiedagen; II te verklaren voor recht dat Van der Kloet 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 Vereniging te veroordelen te gehengen en gedogen dat Van der Kloet de wegens haar zwangerschaps- en bevallingsverlof niet genoten vakantiedagen (met behoud van salaris) aansluitend aan haar bevallingsverlof, althans op een ander in nader overleg te bepalen tijdstip gelegen buiten de vastgestelde schoolvakanties, op kan nemen en de Vereniging zulks binnen veertien dagen na het te dezen te wijzen vonnis schriftelijk te bevestigen, op straffe van verbeurte van een dwangsom van f 250 per dag dat de Vereniging in gebreke blijft aan het te dezen te wijzen vonnis te voldoen;

IV de Vereniging te veroordelen in de kosten van dit geding, daaronder begrepen het salaris van de gemachtigde van Van der Kloet.

De Vereniging heeft de vorderingen bestreden.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 9 juni 1999 een comparitie van partijen gelast en bij eindvonnis van 7 juni 2000 de vorderingen van de lerares toegewezen.

Tegen het vonnis van 7 juni 2000 heeft de Vereniging hoger beroep ingesteld bij de rechtbank te Zutphen.

Bij vonnis van 1 november 2001 heeft de rechtbank het vonnis van de kantonrechter van 7 juni 2000 vernietigd en in zoverre opnieuw rechtdoende de vordering van de lerares alsnog afgewezen.

(...)

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.

De advocaat van de vereniging heeft bij brief van 12 februari 2004 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) De lerares is met ingang van 1 augustus 1998 voor onbepaalde tijd benoemd aan de Christe-

lijke Scholengemeenschap voor Voortgezet Onderwijs te Apeldoorn, Sprengeloo.

(ii) Tussen partijen is sprake van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht waarop de bepalingen van titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek alsmede de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Voortgezet Onderwijs 1998/1999 (hierna: de CAO-VO), inclusief de aanvullingen en wijzigingen daarop, van toepassing zijn.

(iii) In de periode van 17 april 1999 tot en met 7 augustus 1999 is de lerares met zwangerschaps-, respectievelijk bevallingsverlof geweest.

(iv) De lerares heeft niet ingestemd – in de zin van art. 7:636 BW – met het (deels) aanmerken van bovengenoemde periode als vakantieverlof.

3.2. In dit geding heeft de lerares aan haar hiervoor in 1 weergegeven vorderingen primair ten grondslag gelegd dat, wanneer het zwangerschaps- of bevallingsverlof samenvalt met een schoolvakantie, de desbetreffende dagen ingevolge art. 7:636 (oud) BW slechts met haar instemming mogen worden aangemerkt als opgenomen vakantieverlofdagen; zij heeft daarmee evenwel niet ingestemd. Subsidiair voerde zij aan dat de Vereniging een verboden onderscheid maakt op grond van geslacht en dus onrechtmatig jegens haar handelt door niet toe te staan dat zij de niet-genoten vakantieverlofdagen opneemt buiten de vastgestelde schoolvakanties, terwijl een regeling ter compensatie van niet-genoten vakantieverlofdagen ontbreekt.

De Vereniging heeft de vorderingen gemotiveerd bestreden.

3.3. Nadat de kantonrechter de vorderingen had toegewezen, heeft de rechtbank dit vonnis vernietigd en de vorderingen van de lerares alsnog afgewezen. Samengevat weergegeven overwoog de rechtbank daartoe als volgt.

Partijen bij de CAO-VO hebben de bedoeling gehad de vakantieregeling van het Rechtspositiebesluit bijzonder onderwijs (hierna: RpbO) na 1 augustus 1996 te continueren (rov. 6.3). De vakantieregeling van het RpbO moet zo worden uitgelegd dat de vakantie-rechten waarop onderwijsgevend personeel aanspraak kan maken niet bestaan in een bepaald aantal vakantieverlofdagen, maar in het genieten van verlof gedurende de vastgestelde schoolvakanties (rov. 6.4). De in de CAO-VO opgenomen vakantieregeling wijkt daarmee af van de vakantieverlofbepalingen in het BW, met dien verstande dat het in art. 7:634 BW gegarandeerde minimumaantal vakantieverlofdagen ruimschoots wordt overschreden, omdat de schoolvakanties langer zijn. Voor zover de lerares zich erop heeft beroepen dat het hier gaat om dwingendrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek waarvan – op grond van art. 7:645 BW – niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken, mist dit beroep doel nu de Vereniging zich op de CAO-bepalingen mag beroepen zolang deze niet zijn vernietigd. Dit laatste is noch buiten rechte, noch in rechte geschied. Gezien de eigen aard van de vakantieregeling in het onderwijs, heeft de Vereniging de dagen in de schoolvakantie waarop de le-

rare de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschap of bevalling aangemerkt als vakantie (rov. 6.5). Het ontbreken van een compensatieregeling voor samenloop van de schoolvakanties met een zwangerschaps- en bevallingsverlof is niet in strijd met het EG-recht of met de Wet Gelijke Behandeling (WGB), aldus nog steeds de rechtbank (rov. 6.6–6.12).

3.4. In cassatie komt de lerares tegen dit oordeel op met een middel dat uit vier onderdelen bestaat. Onderdeel I stelt, kort weergegeven, dat artikel I-C2 lid 1 RpbO wel degelijk voorziet in toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen en in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen. De rechtbank heeft deze bepaling volgens het onderdeel dus verkeerd uitgelegd.

3.5. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arresten van 9 augustus 2002, nrs. C01/244 en C01/247, RvdW 2002, 134 (NJ 2004, 221; red.) en 133 (NJ 2004, 222; red.), moet in navolging van de Centrale Raad van Beroep als hoogste bestuursrechter, worden aangenomen 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 (CRvB 17 mei 2001, JB 2001, 217). 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. De onderhavige klacht kan dus geen doel treffen.

Voor zover het onderdeel mede erover klaagt dat de beslissing van de rechtbank erop neerkomt dat een lerares helemaal geen recht zou hebben op verlofdagen, stuit het erop af dat de Hoge Raad in zijn zojuist aangehaalde arresten mede heeft overwogen dat, hoewel art. I-C2 RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt, dit niet tot gevolg heeft dat een 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 minimum aantal vakantiedagen. Van dat recht kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

3.6. Onderdeel II keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen rov. 6.5 van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank heeft overwogen dat de lerares in beginsel geen beroep kan doen op de bepalingen van afdeling 3, titel 10 van boek 7 BW omdat de in de CAO-VO opgenomen en aan het RpbO ontleende vakantie-regeling principieel afwijkt van de vakantiebepalingen in het Burgerlijk Wetboek en de lerares heeft nagelaten zich in of buiten rechte te beroepen op de nietigheid van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met de wet.

3.7. De rechtsklacht, die strekt ten betoge dat de dwingendrechtelijke regels van titel 7.10 BW, waaronder art. 7:636 BW, niet kunnen worden opzijgezet door de vakantie-regeling van het RpbO, noch door een CAO die de vakantie-regeling van het RpbO 'naadloos' overneemt, mist feitelijke grondslag. De rechtbank heeft dit uitgangspunt immers niet miskend, maar heeft overwogen dat de lerares noch in

rechte, noch buiten rechte een beroep heeft gedaan op nietigheid van de vakantie-regeling in de CAO-VO wegens strijd met de dwingendrechtelijke regel van art. 7:636 BW.

3.8. De door het onderdeel mede naar voren gebrachte motiveringsklacht daarentegen, inhoudende dat onbegrijpelijk is dat de rechtbank in de processuele stellingen van de lerares niet mede een beroep heeft gelezen op de vernietigbaarheid van de onderhavige vakantie-regeling, treft doel. De lerares heeft zich ter toelichting van haar in appel ingenomen standpunt dat de dagen gedurende welke zij zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten, slechts kunnen worden aangemerkt als vakantiedagen indien zij daarmee zou hebben ingestemd, uitdrukkelijk beroepen op art. 7:636 in verbinding met 7:645 BW. Deze processuele opstelling van de lerares laat geen andere uitleg toe dan dat zij daarmee een voldoende kenbaar beroep heeft gedaan op de onderhavige vernietigingsgrond. Het andersluidende oordeel van de rechtbank is mitsdien onbegrijpelijk.

De lerares heeft bij deze klacht echter geen belang. Ingevolge art. 7:634 BW bedraagt de minimumvakantietijd 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 rekening wordt gehouden met haar recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof, deze twintig dagen vakantie heeft kunnen opnemen gedurende de (resterende) schoolvakanties (vgl. de hiervoor in 3.5 aangehaalde arresten van de Hoge Raad). De onderhavige motiveringsklacht kan daarom, hoewel op zichzelf gegrond, niet tot cassatie leiden.

3.9. Onderdeel III klaagt, kort gezegd, dat het ontbreken van compensatie voor dagen waarop het zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met vakantieverlof, strijdig is met Richtlijn 92/85/EEG (de Zwangerschapsrichtlijn) 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.

3.10. Het onderdeel mist feitelijke grondslag. Tegen de achtergrond van hetgeen de rechtbank in de slotzin van rov. 6.5 – in cassatie onbestreden – heeft overwogen, te weten dat de vereniging de dagen waarop de lerares de overeengekomen arbeid niet heeft verricht wegens zwangerschap en bevalling niet als vakantieverlof heeft aangemerkt, volgt uit hetgeen hiervoor in 3.1 onder (iii) is overwogen, dat de lerares het zwangerschaps- en bevallingsverlof waarop zij ingevolge de zojuist bedoelde Richtlijn aanspraak mag maken (ten minste veertien aaneengesloten weken), feitelijk heeft genoten.

3.11. Onderdeel IV ten slotte betoogt, met een beroep op Richtlijn 76/207/EEG (de Richtlijn gelijke behandeling m/v) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, dat het ontbreken van een compensatieregeling voor vakantieverlof tijdens

zwangerschaps- of bevallingsverlof meebrengt dat vrouwelijke leraren die laatstbedoeld verlof genieten, daardoor minder aanspraak hebben op vakantieverlof dan hun mannelijke collega's.

3.12. De Hoge Raad stelt voorop dat art. I-C2 lid 1 RpbO sekseneutraal is: mannelijke en vrouwelijke leerkrachten hebben gelijkelijk recht op vakantieverlof gedurende de schoolvakanties. In dit licht faalt het onderdeel op de hiervoor in 3.5 bij de bespreking van onderdeel I genoemde gronden, in samenhang met het hiervoor in 3.8 bij de bespreking van onderdeel II genoemde feit dat de minimumvakantietijd bij een voltijdsbetrekking ingevolge art. 7:634 BW twintig werkdagen per jaar bedraagt en dat in het onderhavige geval niet is gesteld dat een groter aantal vakantiedagen per jaar is overeengekomen dan het wettelijk minimum.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de lerares in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Vereniging begroot op € 301,34 aan verschotten en € 1365 voor salaris.

Noot

1. De vraag of leraressen van wie de periode van zwangerschapsverlof samenvalt met de zomerschoolvakantie recht hebben op compenserende vakantiedagen heeft een aantal jaren de meningen in de onderwijswereld verdeeld gehouden. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 221 en 222, *JAR* 2002/206 en 207 (*Westelijk Weidegebied/De Kuijer en ROC Zeeland/Dekker*), geoordeeld dat de desbetreffende cao's slechts de periode en niet de omvang van de vakantieaanspraak bepalen. Het wettelijke minimum aantal vakantiedagen van twintig zal de lerares gewoonlijk kunnen opnemen gedurende de resterende schoolvakanties. De zaak werd verwezen naar een gerechtshof voor nader onderzoek naar de vraag of er sprake was van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen omdat de betrokken leraressen mogelijk minder tijd overhouden voor niet-lesgebonden werkzaamheden, zoals deskundigheidsbevordering. Uit HR 16 maart 2007, *JAR* 2007/93, *LJN* AZ 3084 blijkt dat deze kwestie in de laatstgenoemde zaak na verwijzing nog steeds niet goed was beoordeeld door het desbetreffende hof.

2. In deze zaak had de kantonrechter aanvankelijk de aanspraak van de lerares gehonoreerd, doch was deze in hoger beroep door de rechtbank afgewezen. A-G Langemeijer had aanbevolen deze laatste uitspraak te casseren. Hiermee sloot hij aan op de lijn van het arrest uit 2002 omdat sprake zou kunnen zijn van een ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen ten aanzien van de mogelijkheid om ongebonden lestaken te verrichten in de zomerperiode. Verrassend is echter dat de Hoge Raad zijn A-G hierin niet volgt. Hij gaat op dit punt niet in en ver-

gelijkt slechts het aantal feitelijk genoten vakantie-dagen. In de toelichting op het vierde middel was op dit punt wel uitdrukkelijk gewezen, zij het als subsidiair punt. De uitspraak is ook gepubliceerd in *JAR* 2004/148.

3. De Hoge Raad gaat er kennelijk van uit dat de perioden van verlof die tijdens de schoolvakanties worden genoten niet op één lijn zijn te stellen met een gewone 'vakantie', die in hoofdzaak is gericht op recuperatie. In het onderwijs is daarvoor ruimte tijdens de schoolvakanties, maar deze perioden zijn veel langer dan een gebruikelijke vakantie, noodgedwongen omdat er geen lessen zijn ingeroosterd. Zo bezien zou een dergelijke periode mede kunnen worden benut voor het zwangerschapsverlof zonder dat aan het doel van een jaarlijkse vakantie tekort wordt gedaan. Het probleem van deze benadering is tweeledig. Enerzijds dienen deze verlofperioden ook te worden benut voor het bijhouden van het vak, dit werd hierboven al aangestipt. Daarnaast is in de interpretatie van de Hoge Raad niet duidelijk hoe lang de vakantie volgens de cao zou moeten zijn. De Hoge Raad lijkt hierbij zonder meer uit te gaan van het wettelijke aantal vakantiedagen van 20 per jaar, terwijl menige cao meer vakantiedagen toekent en dit in het onderhavige geval ook lijkt te zijn beoogd.

4. Juist een maand voor dit arrest wees ook het Hof van Justitie van de EG een relevant arrest. Al eerder was door dit hof geoordeeld dat wanneer de bij bedrijfsakkoord tussen de onderneming en de werknemersvertegenwoordigers vooraf vastgestelde vakantieperioden samenvallen met het zwangerschapsverlof, de werkneemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen opnemen, HvJ EG 30 april 1998, C-136/95, *Jur.* I-2011 (*Thibault*). Met die rechtspraak verdroeg de hoofdregel van de Hoge Raad zich moeizaam, maar het valt nog wel te rijmen met de bij punt 3 gegeven argumentatie, nu het Thibault-arrest niet ging over vakantieperioden die langer duren dan minimaal is voorgeschreven door de EG-Richtlijn inzake arbeidstijden (deze periode komt overeen met onze nationale wettelijke regeling).

5. In de Spaanse zaak *Gómez* ging het echter wel om een langere dan de minimaal voorgeschreven vakantie duur. Hier maakte het hof uit dat de zwangere werkneemster ook recht heeft op de volledige vakantie buiten het zwangerschapsverlof indien de nationale wettelijke regeling een langere vakantie duur voorschrijft dan de EG-richtlijn, HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01, *Jur.* 2004, p. I-2605, *JAR* 2004/86 (*Gómez*). Het verschil tussen de casus in de hier besproken zaak en de zaak *Gómez* ligt hierin dat de schoolvakanties niet gebaseerd zijn op een nationale wettelijke regeling die verder gaat dan de Europese richtlijn, maar op een cao die verder gaat dan de nationale wet (en de Europese richtlijn). Er valt echter veel voor te zeggen dat ook hiervoor geldt dat sprake is van een geoorloofde afwijking in het voordeel van de werknemer. Waar immers in het ene Europese land de richtlijnen door wetten worden uitgevoerd, gebeurt dit in het andere land door col-

lectieve arbeidsovereenkomsten. Het gunstighedsbeginsel (afwijking naar boven voor werknemers is toegestaan) geldt arbeidsrechtelijk in de meeste landen niet alleen voor de nationale wet ten opzichte van de Europese richtlijn, maar ook voor cao's ten opzichte van de nationale wet. Het is daarom spijtig dat de Hoge Raad deze kwestie niet heeft willen voorleggen aan het EG-Hof, nu er alle reden blijft voor twijfel over de juistheid van de uitleg van dit deel van het Europese recht door de Hoge Raad. Uiteraard had ook het EG-Hof tot de conclusie kunnen komen dat slechts een deel van de schoolvakanties kunnen worden beschouwd als vakantie in arbeidsrechtelijke zin, maar vooralsnog is dat nu eenmaal niet zeker.

6. Aan de oplossing van de onderhavige problematiek zouden de cao-partijen in het onderwijs het nodige kunnen bijdragen door in de cao's helder aan te geven hoe veel dagen worden toegewezen voor vakantie en hoe veel voor deskundigheidsbevordering.

G.J.J. Heerma van Voss
