

Interdepartementale Commissie Europees Recht-Uitvoering (ICER-U)

Werkgroeprapport

Datum: 7 mei 1999
Onderwerp: rapportage werkgroep Brown

1. Inleiding

Gelet op de mogelijke gevolgen van het arrest Brown (C-394/96)(bijlage 2) voor de Nederlandse rechtsorde, heeft de ICER-U een adhocwerkgroep ingesteld (zie voor de samenstelling bijlage 1) die deze gevolgen nader in kaart moet brengen. De ICER-U heeft daartoe een vijftal vragen gesteld (zie startnotitie, ICER-U 99/12 [bijlage 3] en het ICER-V-fiche ter zake [bijlage 4]).

Aan de werkgroep is deelgenomen door vertegenwoordigers van de ministeries van BZK, Justitie en SZW. De werkgroep is op 18 maart 1999 voor het eerst bijeengekomen en heeft in totaal drie maal vergaderd.

2. Samenvatting van het arrest

Mevrouw Brown is tijdens haar zwangerschap herhaaldelijk ziek geweest, Op grond van een clause in haar arbeidscontract – in geval van ziekte langer dan 26 weken volgt ontslag – wordt zij ontslagen. Het ontslag van een werkneemster wegens zwangerschap of wegens een voornamelijk op die toestand gebaseerde reden treft uitsluitend vrouwen en vormt daarmee directe discriminatie op grond van geslacht. Het Hof oordeelt dat dit in strijd is met richtlijn 76/207/EEG (tweede gelijke behandelingsrichtlijn). Het Hof haalt eveneens artikel 10 van richtlijn 92/85/EEG aan, waarin aan vrouwen een bijzondere bescherming wordt verleend door ontslag te verbieden gedurende de periode vanaf het begin van hun zwangerschap tot het einde van het zwangerschapsverlof (richtlijn zwangere werkneemsters, die ten tijde van het feitencomplex nog niet geïmplementeerd behoefde te zijn). Omdat in de clause in het arbeidscontract geen onderscheid wordt gemaakt naar de oorzaak van ziekte, wordt dezelfde regel toegepast op verschillende situaties. Ook dat is een vorm van discriminatie, aldus het Hof.

Het Hof brengt in zijn oordeel een scheiding aan tussen ziekte die tijdens de zwangerschap verband houdt met de zwangerschap en het zwangerschaps- en bevallingsverlof, en ziekte die met de zwangerschap en bevalling verband houdt na het bevallingsverlof. De eerste periodes van ziekte en verlof mogen bij de berekening van een ontslagtermijn *niet* worden meegerekend, de laatste periodes mogen *wel* worden meegerekend.

3. Nationale wetgeving

In de aan het Brownarrest ten grondslag liggende casus staat centraal de berekening van de termijn waarop een wegens ziekte, ingevolge zwangerschap, arbeidsongeschikte werkneemster mag worden ontslagen. In overweging 27 stelt het Hof dat de afwezigheid, niet alleen tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof, maar ook gedurende het begin van de zwangerschap tot aan het begin van het verlof (voor zover deze zijn oorzaak vindt in de zwangerschap) niet in aanmerking mag worden genomen voor de berekening van de periode die haar ontslag naar nationaal recht rechtvaardigt. Vanwege de eventuele samenhang met de termijnen van de loondoorbetalingsverplichting in Boek 7 BW en de termijnen inzake uitkeringen

wegens ziekte, zwangerschap en arbeidsongeschiktheid, heeft de werkgroep zich gebogen over de mogelijke gevolgen van het arrest voor deze regelgeving.

De relevante nationale wetgeving kan onderscheiden worden in drie categorieën, te weten het arbeidsovereenkomstenrecht, het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht. De eerste categorie ziet op de relevante bepalingen in het Burgerlijk Wetboek, zoals het nondiscriminatiebeginsel ten aanzien van geslacht, het ontslagverbod wegens ziekte en gedurende zwangerschap en de loondoorbetalingverplichting van de werkgever bij ziekte. In de tweede categorie worden de relevante bepalingen uit het sociale zekerheidsrecht benoemd, zoals de regelgeving inzake uitkeringen in verband met ziekte, zwangerschap en bevalling en de ingangsdatum van de arbeidsongeschiktheidsuitkering. De derde categorie ten slotte bevat de specifiek op de arbeidsverhouding van de ambtenaar toepasselijke regels met betrekking tot het ontslagverbod wegens ziekte en de aanspraken van de ambtenaar in geval van ziekte¹.

Het arbeidsovereenkomstenrecht:

In artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), is het verbod van onderscheid naar geslacht uitgewerkt onder meer wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst. In artikel 670, eerste lid, van Boek 7 BW, wordt in onderdeel a opzegging gedurende ongeschiktheid wegens ziekte verboden, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaar heeft geduurd. Het tweede lid bevat een opzegverbod gedurende de zwangerschap. Artikel 629, eerste lid, regelt de loondoorbetalingverplichting van de werkgever indien de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht omdat hij daartoe door ziekte of door zwangerschap of bevalling verhinderd was. Deze verplichting geldt voor ten hoogste 52 weken en is wettelijk gesteld op 70%; evenwel is in CAO-afspraken veelvuldig 100% overeengekomen. In het vierde lid is geregeld dat de loonaanspraak onder meer wordt verminderd met het bedrag van enige geldelijke uitkering die de werknemer toekomt krachtens enige wettelijke voorgeschreven verzekering.

Het sociaal zekerheidsrecht:

De Ziektewet (ZW) voorziet in twee soorten uitkeringen:

- a. de normale uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte (artikel 29). Deze bedraagt 70% van het verdiende loon voor ten hoogste 52 weken. Deze uitkering wordt niet verstrekt indien de werkgever op grond van artikel 629 van Boek 7 BW tot loondoorbetaling is verplicht;
- b. de uitkering in verband met zwangerschap en bevalling (artikel 29a). Deze bedraagt 100% van het verdiende loon, welke uitkering voor de duur van (tenminste) 16 weken (liggend rondom de vermoedelijke bevallingsdatum) wordt verstrekt.

Door een samenstel van bepalingen is voorts geregeld dat, indien arbeidsongeschiktheid optreedt ten gevolge van zwangerschap of bevalling (hetzij voor, hetzij na het zwangerschaps- en bevallingsverlof) de uitkering niet 70% maar 100% van het verdiende loon bedraagt en voorts dat die uitkering voortduurt totdat 52 weken verstreken zijn na het tijdstip waarop het zwangerschaps- en bevallingsverlof is geëindigd (artikel 29a, derde, zesde en zevende lid).

Tenslotte is in de ZW geregeld dat voor de berekening van de maximumduur van de onder a bedoelde uitkering, de duur van het zwangerschaps- en bevallingsverlof wordt meegerekend (artikel 29a, tiende lid).

¹ Aangetekend zij dat de werkgroep zich uitsluitend over regelgeving ten aanzien van de sector Rijk heeft gebogen. Binnen het VSO-overleg zullen de gevolgen voor de andere overheidssectoren moeten worden bezien.

Ingevolge de Wet op de arbeidsongeschiktheidverzekering (WAO) bestaat een recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering nadat de arbeidsongeschiktheid onafgebroken 52 weken heeft geduurd. Bij de berekening van deze periode worden alle perioden waarin aanspraak op ziekgeld bestaat meegeteld, derhalve ook de periode waarin de zwangerschaps- en bevallingsuitkering wordt genoten (artikel 19, eerste en vijfde lid). In geval van samenloop van de ZW-uitkering en de WAO-uitkering, wordt de ZW-uitkering slechts uitbetaald voor zover deze hoger is dan de WAO-uitkering (ministeriele regeling van 30 september 1976, nr. 54655, Stcrt. 1976, 191, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 16 februari 1994, Stcrt. 1994, 35).

Het ambtenarenrecht:

In artikel 1a van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen is het verbod van onderscheid naar geslacht uitgewerkt voor de openbare dienst, onder meer ten aanzien van de beëindiging van het dienstverband. In de Ambtenarenwet zijn geen nadere bepalingen opgenomen op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Met betrekking tot de beëindiging van het dienstverband moet gekeken worden naar de diverse sectorale rechtspositieregelingen. Voor de sector Rijk is in artikel 98, eerste lid, onder f, jo derde lid, van het ARAR bepaald dat een ambtenaar wegens ongeschiktheid *kan* worden ontslagen, indien sprake is van een ononderbroken ongeschiktheid van twee jaar. Voor de vraag of de periode van het zwangerschaps- en het bevallingsverlof meetelt bij het bepalen van de termijn van twee jaar, is artikel 2, vierde lid, van de Wet zwangerschaps- en bevallingsverlof overheids- en onderwijspersoneel - die overigens voor alle sectoren geldt - van belang. Dit artikel bepaalt dat voor de toepassing van de voor de werkneemster geldende rechtspositieregeling, het zwangerschaps- en bevallingsverlof gelijk wordt gesteld met verandering wegens ziekte. Een dergelijke gelijkstelling vloeit niet rechtstreeks voort uit het ARAR omdat artikel 33f het zwangerschaps- en bevallingsverlof alleen gelijk stelt met verandering wegens ziekte, voor zover het gaat om de toepassing van hoofdstuk VI van het ARAR (bedrijfsgeneeskundige begeleiding, rechten en verplichtingen bij ziekte en arbeidsongeschiktheid); artikel 98 is opgenomen in Hoofdstuk X (schorsing en ontslag).

Artikel 37 ARAR bepaalt dat de ambtenaar in geval van ziekte recht heeft op 52 weken doorbetaling van de bezoldiging, waarna een (bovenwettelijke) WAO-uitkering volgt. Voor de toepassing van dit artikel is zwangerschaps- en bevallingsverlof gelijk gesteld met ziekte; dit zowel op grond van het genoemde artikel 33f ARAR (artikel 37 is opgenomen in hoofdstuk VI) als het genoemde artikel 2, vierde lid, van de Wet zwangerschaps- en bevallingsverlof overheids- en onderwijspersoneel.

4. Gevolgen van het arrest voor nationale regelgeving?

Tijdens de besprekingen in de werkgroep is, gelet op het complexe karakter van de onderhavige materie, besloten om de vijf vragen van de ICER-U als volgt te herformuleren:

1. Welke gevolgen heeft het arrest voor relevante nationale bepalingen inzake ontslag?
2. Kan het arrest ook gevolgen hebben voor de berekeningsmethodiek van de termijnen in verband met de loondoorbetalingsverplichting van Boek 7 BW, de ingangsdatum van een arbeidsongeschiktheidsuitkering en de termijnen in het ARAR? Meer in het algemeen; kan uit de jurisprudentie van het Hof een tendens worden waargenomen dat voor de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden de gelijkschakeling van zwangerschap met ziekte ter discussie komt te staan?
3. Welke mogelijkheden zijn er voor inmiddels ontslagen werkneemsters om met een beroep op het Brownarrest hun ontslag in rechte aan te vechten?

Ad 1: Welke gevolgen heeft het Brownarrest voor relevante nationale bepalingen inzake ontslag?

Uit het Brownarrest kan worden afgeleid dat periodes van afwezigheid in geval van ziekte gedurende de zwangerschap, waarbij die ziekte verband houdt met de zwangerschap, *niet* mogen worden meegeteld voor de termijn die ontslag naar nationaal recht rechtvaardigt. Artikel 670, eerste lid, waarin het opzegverbod gedurende twee jaar wegens ziekte is opgenomen, maakt geen onderscheid naar oorzaak van de ziekte, zodat uit de tekst van deze bepaling niet blijkt dat de betreffende periodes niet mogen worden meegeteld. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat – anders dan de bestreden clause in het Brown-arrest – het verstrijken van de twee-jaar-termijn ex artikel 670 niet automatisch ontslag rechtvaardigt. Indien een werkgever wil opzeggen dient hij een vergunning te vragen aan de Regionaal Directeur

Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA). Deze beoordeelt de ontslagaanvraag aan de hand van de criteria uit het Ontslagbesluit. Als de ontslagvergunning niet wordt verleend, is ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter nog mogelijk. In het Nederlandse recht is gelijke behandeling van mannen en vrouwen geregeld in artikel 646 BW. Daarmee is voorzien in een verbod van discriminatie bij de toepassing van bepalingen aangaande -onder meer- de opzegging van de arbeidsovereenkomst, zoals artikel 670 BW, en daarmee wordt ook voldaan aan de verplichtingen die uit het Brown-arrest voortvloeien.

Hoewel bovenstaande bepalingen uit het BW voldoende ruimte laten tot toepassing in overeenstemming met het arrest Brown, zijn gerichte voorlichtingsactiviteiten richting werkgevers en werknemers op zijn plaats. Immers, voor zieke werkneemsters voor wie een ontslagvergunning wordt aangevraagd en die in de daaraan voorafgegane twee jaar op enig moment zwanger zijn geweest, wordt de termijn van twee jaar anders berekend dan voor zieke mannelijke werknemers. Omwille van de rechtszekerheid en kenbaarheid, meent de werkgroep (met uitzondering van de SZW-leden) dat het in de rede ligt expliciet in artikel 670, eerste lid, op te nemen dat de periode van ziekte ingevolge zwangerschap, alsmede de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof, niet bij de berekening van de termijn van twee jaar mogen worden meegenomen.

De SZW-leden van de werkgroep menen dat aanpassing niet wenselijk is. Indien toch om redenen van rechtszekerheid en kenbaarheid expliciet geregeld zou worden dat de periode van ziekte in verband met zwangerschap, alsmede de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof, niet als een periode van ziekte mag worden beschouwd voor de berekening van termijnen, zou uitbreiding van artikel 646 dan wel artikel 670 overwogen kunnen worden. Uitbreiding van artikel 646 heeft als voordeel dat dit door kan werken ten aanzien van zowel de opzegging als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst; uitbreiding van artikel 670 heeft als voordeel dat met name de in deze bepaling geregelde situatie wordt verduidelijkt en daarmee de kenbaarheid voor werkgever en werknemer wordt vergroot.

Voor het ambtenarenrecht is duidelijk dat de bepaling van artikel 2, vierde lid, van de Wet zwangerschaps- en bevallingsverlof overheids- en onderwijspersoneel niet in stand kan blijven, althans wat betreft de rechtspositionele uitwerking daarvan bij de beëindiging van het dienstverband. Deze wet zal worden ingetrokken in verband met de komende nieuwe Wet arbeid en zorg (aangekondigd in de nota van SZW 'Op weg naar een nieuw evenwicht tussen arbeid en zorg', kamerstukken II 1998/99, nr. 26 447). Tot die tijd beveelt de werkgroep aan om, bijvoorbeeld in VSO-verband, af te spreken dat de verschillende sectoren artikel 2, vierde lid, niet toepassen bij het berekenen van de periode van twee jaar voor de beëindiging van het dienstverband: zowel de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof als de periode van met

zwangerschap verband houdende ziekte gedurende de zwangerschap, mogen niet meetellen bij het bepalen van de periode van twee jaar (vgl. artikel 98 ARAR). Het is niet noodzakelijk om het ARAR aan te passen, omdat uit het ARAR niet de verplichting voortvloeit om de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof en de periode van met zwangerschap verband houdende ziekte gedurende de zwangerschap mee te tellen bij het berekenen van de periode van twee jaar. Ook bij de toepassing van artikel 98 ARAR zal artikel 1a van de WGB in acht moeten worden genomen. Voorlichtingsactiviteiten en afspraken in VSO-verband zoals eerder beschreven, zijn echter zeker op zijn plaats. Ook hier meent de werkgroep, met uitzondering van de SZW-leden, dat explicitering in de ambtelijke rechtspositieregelingen omwille van de rechtszekerheid en kenbaarheid in de rede ligt.

Ad 2: Kan het arrest ook gevolgen hebben voor de berekeningsmethodiek van de termijnen in verband met de loondoorbetalingsverplichting van Boek 7 BW, de ingangsdatum van een arbeidsongeschiktheidsuitkering en de termijnen in het ARAR? Meer in het algemeen; kan uit de jurisprudentie van het Hof een tendens worden waargenomen dat voor de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden de gelijkshakeling van zwangerschap met ziekte ter discussie komt te staan?

Vooropgesteld zij dat het arrest Brown ziet op de berekeningsmethodiek van de termijn voor ontslag. Van directe gevolgen van het arrest op termijnen in verband met de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever of uitkeringen is derhalve geen sprake.

Het is bovendien de vraag of het Hof de bescherming die het noodzakelijk acht ten aanzien van het behoud van arbeid ook zou willen bieden indien het deelaspecten van de arbeid betreft zoals loondoorbetaling en sociale zekerheid. Ook in richtlijn 92/85/EEG wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het ontslagverbod (art. 10) dat een ruim bereik heeft en anderzijds overige aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten die over een kortere periode gegarandeerd worden (art. 11). Het onderscheid tussen ziekte en ziekte in verband met zwangerschap is uiteraard wel aan de orde in het kader van de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever in het BW en in het kader van arbeidsongeschiktheidsregelingen. Daarom heeft de werkgroep gezien of in de jurisprudentie van het Hof een tendens is waar te nemen die aanleiding zou geven om de regelgeving op de genoemde terreinen kritisch te bezien. Hoewel de gelijkshakeling van zwangerschap met ziekte in verschillende arresten aan bod komt heeft dit vooralsnog niet geleid tot een eenduidige lijn hoe op onderscheiden rechtsgebieden hiermee moet worden omgegaan.

Uit een recent arrest van het Hof in de zaak Boyle e.a. (C-411/96) vloeit voort dat een Lid-Staat over aanmerkelijke beleidsvrijheid beschikt om de zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen naar eigen inzicht vorm te geven, mits het door richtlijn 92/85/EEG voorgeschreven minimum onverlet blijft. Het Hof heeft in deze zaak expliciet uitgesproken dat 'een werkneemster tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie in een bijzonder kwetsbare situatie verkeert, die het noodzakelijk maakt dat haar een recht op zwangerschapsverlof wordt verleend, welke situatie in het bijzonder tijdens dit verlof echter niet kan worden gelijkgesteld met die van een man of een vrouw die ziekteverlof geniet.'²

Volledigheidshalve heeft de werkgroep onderzocht wat het voor termijnbepalingen inzake loondoorbetaling in het BW en de arbeidsongeschiktheidswetten zou betekenen als de lijn uit het arrest Brown met betrekking tot de berekening van de termijn voor ontslag zou worden doorgetrokken naar andere terreinen. In het navolgende is steeds

² Arrest Boyle e.a., C-411/96, punt 40.

rekening gehouden met zowel periodes van ziekte tijdens de zwangerschap voorafgaande aan het zwangerschapsverlof als de periode van het zwangerschapsverlof zelf. Gezien het bepaalde in artikel 11, tweede en derde lid, van richtlijn 92/85/EEG, is een beperking tot alleen het zwangerschapsverlof denkbaar. In dat geval zijn de gevolgen derhalve ook beperkter.

Termijn loondoorbetalingsverplichting

In artikel 629 BW is geregeld dat de werknemer voor een tijdvak van 52 weken recht houdt op doorbetaling van zijn loon, als hij de bedongen arbeid niet kan verrichten wegens ziekte of wegens zwangerschap of bevalling. Dit impliceert dat voor de berekening van de termijn van 52 weken periodes waarin geen arbeid wordt verricht wegens ziekte en periodes waarin geen arbeid wordt verricht wegens zwangerschap of bevalling kunnen worden samengeteld. Daarbij is bepaald dat het door de werkgever te betalen loon mag worden verminderd met het bedrag van een eventuele uitkering, doch dit doet niet af aan de duur van de loondoorbetalingsverplichting, die eindigt als de werknemer 52 weken onafgebroken geen arbeid verricht. Dat betekent dat werkgever in de praktijk, indien een vrouw in het tijdvak van 52 weken afwezig is in verband met

ziekte als gevolg van de zwangerschap (x weken) en het zwangerschapsverlof (16 weken), $52 - x - 16$ weken loon betaalt.

Als de redenering van het arrest Brown hierop zou worden toegepast, zouden periodes waarin een vrouw voorafgaande aan de bevalling in verband met zwangerschap ziek is en de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet mogen worden meegeteld voor het tijdvak van 52 weken. Artikel 629 zou dan moeten worden aangepast in die zin dat in geval van afwezigheid op het werk wegens arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap en bevalling een recht bestaat op loondoorbetaling zonder dat deze afwezigheidsperiode meetelt voor de berekening van de 52 wekentermijn. Ten opzichte van de huidige situatie komt dit neer op een verlenging van het tijdvak van de loondoorbetalingsverplichting. Het gevolg hiervan is een lastenverzwaring voor de werkgever. De werkgever is dan verplicht gedurende 52 weken loon door te betalen bij gewone ziekte. Daarnaast bestaat dan een loondoorbetalingsverplichting gedurende de periode(s) van afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling (voorafgaande en tijdens het zwangerschapsverlof). De ZW-uitkering tijdens deze periodes mag de werkgever wel op het loon in mindering brengen. Voor zover deze even hoog zijn, kunnen ze tegen elkaar worden weggestreept. Extra kosten voor de werkgever kunnen bovendien ontstaan voor zover de individuele of de collectieve arbeidsovereenkomst een loonaanspraak garandeert die hoger is dan 100% van het maximumdagloon.

Termijn ZW

Analoge toepassing van het arrest Brown zou in ieder geval gevolgen hebben voor artikel 29a, tiende lid, ZW, waarin nu is geregeld dat de periode waarin de zwangerschaps- en bevallingsuitkering wordt uitbetaald wordt samengeteld met periodes van arbeidsongeschiktheid uit andere oorzaak.

Termijn WAO/WAZ

Bij toepassing van de redenering in het arrest Brown, zouden bij de berekening van de termijn voor het verkrijgen van een recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering periodes waarin een vrouw voorafgaande aan de bevalling in verband met zwangerschap ziek is en de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet moeten worden meegerekend. Artikel 19, vijfde lid, WAO zou daartoe moeten worden geschrapt. Het gevolg hiervan zou zijn dat de ingangsdatum van de WAO- of WAZ-uitkering opschuift naar een later datum.

Door de samentelling van periodes van ziekte en periodes van ziekte in verband met zwangerschap en bevalling kan een vrouw nu eerder in aanmerking komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering dan een man, die immers pas na 52 weken gewone ziekte een recht krijgt. Daardoor kan de zwangere vrouw eerder zijn aangewezen op een lagere uitkering. De WAO-uitkering bestaat namelijk uit achtereenvolgens een loongerelateerde uitkering, waarvan de duur afhankelijk is van de leeftijd waarop men recht heeft gekregen op een WAO-uitkering, en een vervolguitkering op de grondslag van het minimumloon, verhoogd met een percentage van het verschil tussen het verdiende loon en het minimumloon. Voor vrouwen met een inkomen dat boven het minimumloon ligt kan dit een nadeel zijn. Overigens is in een anticumulatieregeling ZW/WAO bepaald dat ingeval van samenloop van een ZW-uitkering (wegens ziekte in verband met zwangerschap of bevalling na afloop van het bevallingsverlof) en een WAO-uitkering de hogere rechten die aan de ZW kunnen worden ontleend, niet verloren gaan.

Het verschuiven van de ingangsdatum is op zich niet van invloed op de duur of de hoogte van de uitkering. Slechts als een vrouw op de volgens de huidige regelgeving berekende ingangsdatum in een lagere leeftijdscategorie zou vallen dan wanneer de periode van ziekte in verband met zwangerschap en bevalling niet zou worden meegeteld, is sprake van een nadeel in de duur van de loondervingsuitkering. Gelet op het feit dat de leeftijdscategorieën steeds 5 jaar beslaan, is de kans daarop gering.

Vrouwen die verzekerd zijn voor de WAZ (zelfstandigen) hebben in het geheel geen belang bij het opschuiven van de datum waarop recht ontstaat op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Voor hen zou dit juist een inkomensverlies betekenen, aangezien zij geen recht hebben op een gewone ZW-uitkering en bij opeenvolgende ziekte en ongeschiktheid wegens zwangerschap en bevalling gedurende langere tijd geen inkomen zouden hebben dan onder de huidige regeling.

Ambtenarenrecht

Ook bij de berekening van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen voor ambtenaren wordt uitgegaan van een periode van arbeidsongeschiktheid van 52 weken, zonder dat een onderscheid wordt gemaakt naar aard en oorzaak van de arbeidsongeschiktheid. Analoge toepassing van het arrest Brown zou in ieder geval gevolgen hebben voor artikel 33f dan wel artikel 37 ARAR.

Aandachtspunten

De termijnen in het BW en de arbeidsongeschiktheidsregelingen sluiten op elkaar aan om gaten in de inkomensvoorziening te voorkomen. Bij aanpassing van elk van de bepalingen zal derhalve de samenhang met de overige regelingen in ogenschouw moeten worden genomen. Aanpassing van slechts een enkele bepaling zal leiden tot een inconsistent geheel.

Een ander punt van belang is de arbeidsmarktpositie van vrouwen. Er is destijds bij de invoering van de WULBZ (invoering van de loondoorbetalingsverplichting vanwege de privatisering van de Ziektewet) bewust gekozen voor de handhaving van de inkomenscompensatie via de Ziektewet tijdens het zwangerschapsverlof en tijdens ziekteperiodes in verband met de zwangerschap/bevalling. Lastenverzwaring voor de werkgever, zoals hierboven geschetst, zal waarschijnlijk negatieve consequenties hebben voor de arbeidsmarktpositie van vrouwen. Mocht men willen overgaan tot aanpassing van de besproken regelingen, dan dient men met het bovenstaande rekening te houden.

Het buiten beschouwing laten van periodes van arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof lijkt voor de uitvoerbaarheid van de verschillende regelingen problematisch. Zo zou een nadere regeling nodig zijn voor het geval van samenloop van gewone ziekte en ziekte in verband met

zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof. Dit levert extra problemen op zodra er sprake is van zowel 'gewone' ziekte als ziekte die verband houdt met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof. Een nadere regeling zou ook moeten worden getroffen voor de situatie waarin ziekte en ziekte in verband met zwangerschap en bevalling elkaar afwisselen. In de huidige regelingen worden periodes van arbeidsongeschiktheid die elkaar met een onderbreking van minder dan 4 weken opvolgen samengeteld. Bij analoge toepassing van het arrest Brown zouden langere onderbrekingen kunnen voorkomen door het niet meetellen van periodes van ziekte in verband met zwangerschap en verlof.

Ad 3: Welke mogelijkheden zijn er voor inmiddels ontslagen werknemers om met een beroep op het Brownarrest hun ontslag in rechte aan te vechten?

Zoals in het antwoord op de eerste vraag is geconcludeerd, is het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht niet in strijd met het Brownarrest. Voor zover bij de toepassing ervan in strijd met het Brownarrest is gehandeld, staat de weg naar de rechter open. Dit is niet anders dan bij de andere opzegverboden in het BW; toetsing daaraan kan uiteindelijk door de rechter plaatshebben. Voor zover het om inmiddels ontslagen werknemers gaat, moet daarbij worden aangetekend dat binnen een termijn van 2 maanden na de opzegging beroep bij de rechter dient te worden ingesteld (artikel 677, vijfde lid, Boek 7 BW; artikel 8 AWGB). Met betrekking tot het ambtenarenrecht is uit het antwoord op de eerste vraag gebleken dat de regelgeving ter zake wel in strijd is met het Brownarrest. Ook in die zaken geldt (in beginsel) een termijn voor bezwaar en beroep waarbinnen een vermeend onterecht ontslag aanhangig moet worden gemaakt. Ook kan nog worden gedacht aan een actie tot schadevergoeding jegens de overheid wegens schade die voortvloeit uit de toepassing van regelgeving die in strijd is met het gemeenschapsrecht. Op het eerst gezicht lijken dergelijke acties weinig succesvol; blijkens jurisprudentie van het Hof mogen op feiten die zich vóór het betreffende arrest hebben voorgedaan de materiële en de formele nationale regels voor rechtsvorderingen in acht worden genomen³. Gelet op het feit dat het Hof in het Larsson-arrest van 29 mei 1997 nog van oordeel was dat ontslag dat het gevolg is van afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zelfs indien deze ziekte is opgetreden tijdens de zwangerschap, niet in strijd was met artikel 5 jo. Artikel 2 van richtlijn 76/207/EEG, is de terugwerkende kracht beperkt. Over de omvang van het aantal ontslagen dat wellicht in strijd met het Brownarrest tot stand is gekomen, zijn geen gegevens beschikbaar. Gelet op de zeer specifieke omstandigheden van de casuspositie alsmede het gegeven dat ontslag niet automatisch precies na twee jaar volgt, lijkt het aantal niet erg groot.

5. Conclusies en aanbevelingen

Gevolgen voor de relevante nationale bepalingen inzake ontslag?:

Artikel 670, eerste lid, Boek 7 BW, laat voldoende ruimte om in overeenstemming met het arrest Brown te kunnen worden geïnterpreteerd. Evenwel acht de werkgroep gerichte voorlichtingsactiviteiten richting werkgevers en werknemers op zijn plaats. Immers, voor zieke werknemers voor wie een ontslagvergunning wordt aangevraagd en die in de daaraan voorafgegane twee jaar op enig moment zwanger zijn geweest, wordt de termijn van twee jaar anders berekend dan voor zieke mannelijke werknemers. Omwille van de rechtszekerheid en kenbaarheid, meent de werkgroep (met uitzondering van de SZW-leden) dat het in de rede ligt expliciet in artikel 670, eerste lid, op te nemen dat de periode van ziekte ingevolge zwangerschap,

³ Arrest Edis, C-231/96. E.e.a. voor zover deze rechten niet volstrekt illusoir zijn door het hanteren van procestermijnen, vgl. zaak Levez, C-326/96.

alsmede de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof, niet bij de berekening van de termijn van twee jaar mogen worden meegenomen.

De SZW-leden van de werkgroep menen dat aanpassing niet wenselijk is. Indien toch om redenen van rechtszekerheid en kenbaarheid expliciet geregeld zou worden dat de periode van ziekte in verband met zwangerschap, alsmede de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof, niet als een periode van ziekte mag worden beschouwd voor de berekening van termijnen, zou uitbreiding van artikel 646 dan wel artikel 670 overwogen kunnen worden. Uitbreiding van artikel 646 heeft als voordeel dat dit door kan werken ten aanzien van zowel de opzegging als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst; uitbreiding van artikel 670 heeft als voordeel dat met name de in deze bepaling geregelde situatie wordt verduidelijkt en daarmee de kenbaarheid voor werkgever en werknemer wordt vergroot.

Voor het ambtenarenrecht is duidelijk dat de bepaling van artikel 2, vierde lid, van de Wet zwangerschaps- en bevallingsverlof overheids- en onderwijspersoneel niet in stand kan blijven, althans wat betreft de rechtspositionele uitwerking daarvan bij de beëindiging van het dienstverband. Totdat deze wet is ingetrokken beveelt de werkgroep aan om, bijvoorbeeld in VSO-verband, af te spreken dat de verschillende sectoren artikel 2, vierde lid, niet toepassen bij het berekenen van de periode van twee jaar voor de beëindiging van het dienstverband (vgl. artikel 98 ARAR). Het is niet noodzakelijk om het ARAR aan te passen, omdat uit het ARAR niet de verplichting voortvloeit om de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof en de periode van met zwangerschap verband houdende ziekte gedurende de zwangerschap mee te tellen bij het berekenen van de periode van twee jaar. Ook bij de toepassing van artikel 98 ARAR zal artikel 1a WGB in acht moeten worden genomen. Voorlichtingsactiviteiten en afspraken in VSO-verband zoals eerder beschreven, zijn echter zeker op zijn plaats. Ook hier meent de werkgroep dat explicitering in de ambtelijke rechtspositieregelingen omwille van de rechtszekerheid en kenbaarheid in de rede ligt.

Gevolgen voor de berekeningsmethodiek van de termijnen in verband met de loondoorbetalingsverplichting van Boek 7 BW, de ingangsdatum van een arbeidsongeschiktheidsuitkering en de termijnen in het ARAR; trend in de jurisprudentie van het Hof? :

Het arrest Brown ziet op de berekeningsmethodiek van de termijn voor ontslag. Van directe gevolgen van het arrest op termijnen in verband met de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever of uitkeringen is derhalve geen sprake.

Het is de vraag of het Hof de bescherming die het noodzakelijk acht ten aanzien van het behoud van arbeid ook zou willen bieden indien het de aspecten van de arbeid betreft zoals loondoorbetaling en sociale zekerheid. Ook in richtlijn 92/85/EEG wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het ontslagverbod (art. 10) dat een ruim bereik heeft en anderzijds overige aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten die over een kortere periode gegarandeerd worden (art. 11). De werkgroep is van mening dat het Brownarrest geen aanleiding geeft tot aanpassing van bepalingen met betrekking tot termijnen in het BW, de arbeidsongeschiktheidswetten en het ARAR. Indien toch aanpassing wordt overwogen, meent de werkgroep dat de volgende aandachtspunten betrokken moeten worden.

- Allereerst sluiten de termijnen in het BW en de arbeidsongeschiktheidsregelingen op elkaar aan om gaten in de inkomensvoorziening te voorkomen. Bij aanpassing van elk van de bepalingen zal derhalve de samenhang met de overige regelingen in ogenschouw moeten worden genomen. Aanpassing van slechts een enkele bepaling zal leiden tot een inconsistent geheel.

- Een ander punt van belang is de arbeidsmarktpositie van vrouwen. Er is destijds bij de invoering van de WULBZ (invoering van de loondoorbetalingsverplichting vanwege de privatisering van de Ziektewet) bewust gekozen voor de handhaving van de inkomenscompensatie via de Ziektewet tijdens het zwangerschapsverlof en tijdens ziekteperiodes in verband met de zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof. Lastenverzwaring voor de werkgever, zoals hierboven geschetst, zal waarschijnlijk negatieve consequenties hebben voor de arbeidsmarktpositie van vrouwen. Mocht men willen overgaan tot aanpassing van de besproken regelingen, dan dient men met het bovenstaande rekening te houden.
- Het buiten beschouwing laten van periodes van arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof lijkt voor uitvoerbaarheid van de verschillende regelingen problematisch. Zo zou een nadere regeling nodig zijn voor het geval van samenloop van gewone ziekte en ziekte in verband met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof. Dit levert extra problemen op zodra er sprake is van zowel 'gewone' ziekte als ziekte die verband houdt met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof. Een nadere regeling zou ook moeten worden getroffen voor de situatie waarin ziekte en ziekte in verband met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof elkaar afwisselen. In de huidige regelingen worden periodes van arbeidsongeschiktheid die elkaar met een onderbreking van minder dan 4 weken opvolgen samengeteld. Onverkorte toepassing van het arrest Brown zou dat niet meer toestaan.

Ten slotte wil de werkgroep erop wijzen dat uit de jurisprudentie van het Hof inzake zwangerschap en ziekte vooralsnog geen eenduidige lijnen kunnen worden getrokken. In het recente arrest Boyle heeft het Hof geoordeeld dat de lidstaten over een aanmerkelijke beleidsvrijheid beschikken om zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen naar eigen inzicht vorm te geven, mits het in richtlijn 92/85/EEG voorgeschreven minimum onverlet blijft. In datzelfde arrest wijst het Hof op de bijzondere situatie van een zwangere werkneemsters, welke situatie in ht bijzonder tijdens het verlof niet gelijk kan worden gesteld met die van een man of vrouw die ziekteverlof geniet. De werkgroep beveelt aan toekomstige jurisprudentie ter zake nauwlettend te volgen en waar nodig in nieuwe zaken aandacht te vragen voor het Nederlandse stelsel van in elkaar grijpende uitkeringen.

Mogelijkheden voor inmiddels ontslagen werkneemsters om met een beroep op het Brownarrest hun ontslag in rechte aan te vechten?:

Voor inmiddels ontslagen werkneemsters geldt een wettelijke beroepstermijn van 2 maanden na opzegging om het ontslag in rechte te kunnen aanvechten. Ook in het ambtenarenrecht geldt (in beginsel) een termijn voor bezwaar en beroep. Ook kan nog worden gedacht aan een actie tot schadevergoeding jegens de overheid wegens schade die voortvloeit uit de toepassing van regelgeving die in strijd is met het gemeenschapsrecht. Op het eerst gezicht lijken dergelijke acties weinig succesvol; blijkens jurisprudentie van het Hof mogen op feiten die zich vóór het betreffende arrest hebben voorgedaan de materiële en de formele nationale regels voor rechtsvorderingen in acht worden genomen⁴. Gelet op het feit dat het Hof in het Larsson-arrest van 29 mei 1997 nog van oordeel was dat ontslag dat het gevolg is van afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zelfs indien deze ziekte is opgetreden tijdens de zwangerschap, niet in strijd was met artikel 5 jo. artikel 2 van richtlijn 76/207/EEG, is de terugwerkende kracht beperkt. Over de omvang van het aantal ontslagen dat wellicht in strijd met het Brownarrest tot stand is gekomen, zijn geen gegevens beschikbaar. Gelet op de zeer

⁴ Arrest Edis, C-231/96. E.e.a. voor zover deze rechten niet volstrekt illusoir zijn door het hanteren van procestermijnen, vgl. zaak Levez, C-...

specifieke omstandigheden van de casuspositie alsmede het gegeven dat ontslag niet automatisch precies na twee jaar volgt, lijkt het aantal niet erg groot.

Bijlage 1 Samenstelling werkgroep Brown

Vz: mr Nanette Th. van Schelven (Directie Wetgeving, Justitie)

Leden: mr Wilma van Bodegraven (Directie Arbeidszaken Overheid, BZK)

mr Chantal Boulonois (Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, BZK)

mr Lydia Lousberg (Directie Arbeidsverhoudingen, SZW)

mr Joke Meijer – van der Aa, (Directie Wetgeving, Justitie)

mr Leonie Verplak (Directie Wetgeving en Bestuurlijke Aangelegenheden, SZW)

mr Elly Hoogstrate (Directie Wetgeving en Bestuurlijke Aangelegenheden, SZW)