

Wordt er een enquêteprocedure gestart door een partij die daartoe gerechtigd is, dan kan de ondernemingsraad wel als belanghebbende verweer voeren in een dergelijke procedure en ook zelfstandig een verzoek indienen. De laatste tijd vraagt de Ondernemingskamer in gevallen waarin duidelijk is dat een ondernemingsraad in beeld is of de OR verweer wenst te voeren. Hoewel de ondernemingsraad dus geen zelfstandige bevoegdheid heeft tot het opstarten van een enquêteprocedure betekent dit niet dat een ondernemingsraad in een dergelijke procedure geen rol heeft, zoals ook blijkt uit deze uitspraak.

*Mr. L.C.J. Sprengers*

## Europees arbeidsrecht

### TRA 2019/101

Hof van Justitie van de Europese Unie 20 juni 2019, nr. C-404/18 m.nt. mr. dr. M. Kullmann

Art. 17 en 24 Richtlijn 2006/54/EG

JAR 2019/186  
ECLI:EU:C:2019:523

#### **Zwanger of niet, maar wel zonder baan: discriminatie- en victimisatieontslag.**

##### **Feiten**

Werkneemster V. was als storemanager van een kledingwinkel in dienst van WTG Retail. In juni 2015 voerde zij een sollicitatiegesprek met H., die op dat moment reeds drie maanden zwanger was, aan wie zij vanaf augustus 2015 een baan als verkoopster aanbood. Het hoofd personeelszaken weigerde om H. wegens haar zwangerschap in dienst te nemen. V. wees WTG Retail erop dat een dergelijke weigering in strijd is met de wet. Maar WTG Retail bevestigde desondanks de beslissing van het hoofd personeelszaken. Nadat V. H. van de beslissing op de hoogte heeft gesteld, deelde H. WTG Retail mee dat zij voornemens was een klacht in te dienen bij het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen. WTG Retail bleef echter bij haar standpunt met als gevolg dat H. daadwerkelijk een klacht heeft ingediend. WTG Retail verweet V. dat zij de oorzaak was van de ingediende klacht. In april 2016 ontbond WTG Retail de arbeidsovereenkomst met V. WTG Retail voerde daartoe verschillende redenen aan, zoals dat V. de haar toevertrouwde taken onjuist zou uitvoeren en de veiligheidsvoorschriften niet in acht zou nemen. De vakorganisatie waarbij V. was aangesloten betwist dat dit de daadwerkelijke redenen voor het ontslag zijn. Dezelfde maand heeft V. eveneens een klacht bij voornoemd Instituut ingediend. Vast staat dat H. slachtoffer was van directe discriminatie op grond van geslacht en aan haar is deswege een schadevergoeding toegekend.

De onderliggende zaak heeft betrekking op het beroep van V. op art. 22 § 9 Belgische genderwet die bescherming biedt tegen represaillemaatregelen. Volgens de nationale rechter voldeed V. niet aan de in die bepaling genoemde vereisten omdat zij geen ondertekend en gedateerd document in verband met haar getuigenis heeft overgelegd.

De Arbeidsrechtbank Antwerpen wil met haar prejudiciële vraag van het HvJ weten, of art. 24 Richtlijn 2006/54/EG aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de betreffende Belgische regeling volgens welke in een situatie waarin door een persoon die meent slachtoffer te zijn van discriminatie op grond van geslacht een klacht is ingediend, een werknemer die deze persoon in die context heeft gesteund, slechts beschermd is tegen represaillemaatregelen van de werkgever indien hij als getuige is opgetreden in het kader van het onderzoek van die klacht en zijn getuigenis aan de formele vereisten van die regeling voldoet.

##### **Oordeel HvJ EU**

Voordat het HvJ toekomt aan de beantwoording van deze vraag worden nog twee punten verduidelijkt. Ten eerste dat V., zo volgt uit informatie aangedragen door de Arbeidsrechtbank Antwerpen, negen maanden nadat zij zich had verzet tegen de weigering van WTG Retail om H. in dienst te nemen vanwege haar zwangerschap is ontslagen en dat de nationale rechter ervan uit lijkt te gaan dat er geen objectieve redenen bestaan voor het gegeven ontslag (r.o. 24). Ten tweede benadrukt het HvJ dat het feit dat een sollicitante, in casu H., geen baan krijgt aangeboden omdat zij zwanger is moet worden beschouwd als een minder gunstige behandeling van een vrouw die verband houdt met zwangerschap (art. 2 lid 2 onder c Richtlijn 2006/54/EG). Dit vormt een directe discriminatie (zie ook ov. 23 preambule Richtlijn 2006/54/EG) (r.o. 25).

Volgens het HvJ is de Belgische bepaling (art. 22 § 9 genderwet) in strijd met art. 24 Richtlijn 2006/54/EG. Daartoe overweegt het HvJ dat voornoemde richtlijnbevestiging ruim moet worden opgevat en dat daaronder alle werknemers vallen die kunnen worden getroffen door represaillemaatregelen van de werkgever als reactie op een klacht die wegens discriminatie op grond van geslacht is ingediend. De bepaling bakent de categorie werknemers niet af. De bescherming die art. 24 van de richtlijn biedt is dus niet beperkt tot enkel werknemers die een klacht hebben ingediend of hun vertegenwoordigers, noch tot werknemers die voldoen aan bepaalde formele vereisten voor de erkenning dat zij een bepaalde hoedanigheid hebben, bijvoorbeeld de hoedanigheid van getuige (zoals de Belgische genderwet doet). Uit ov. 32 preambule Richtlijn 2006/54/EG volgt bovendien dat de richtlijn uitdrukkelijk beoogt andere werknemers dan de gediscrimineerde persoon te beschermen (r.o. 29). Cruciaal daarvoor zijn niet het voldoen aan formele criteria maar de rol die de werknemers innemen; de hoedanigheid van de werknemer is dus onbelangrijk voor de toepasselijkheid van art. 24 Richtlijn 2006/54/EG (r.o. 28). Met

het oog op de effectieve toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen moeten de nodige gerechtelijke en administratieve procedures aanwezig zijn om de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven (zie art. 17 Richtlijn 2006/54/EG) (r.o. 31). Het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming (art. 6 en 13 EVRM en art. 47 EU-Handvest) zou voor een groot deel van zijn doeltreffendheid worden beroofd indien de bij dit artikel verleende bescherming niet de maatregelen zou omvatten die een werkgever zou kunnen toepassen als reactie op een vordering in rechte die door een werknemer is ingediend teneinde het beginsel van gelijke behandeling te doen naleven (r.o. 33). De vrees voor zulke voor generlei beroep in rechte vatbare maatregelen zou werknemers ervan kunnen weerhouden hun rechten voor het gerecht te doen gelden en zou dus de verwezenlijking van de doelstelling van de richtlijn ernstig in gevaar brengen (HvJ EU 22 september 1998, C-185/97, ECLI:EU:C:1998:424 (*Coote*), r.o. 24). Het niet voldoen aan bepaalde formele vereisten, zoals die welke aan de orde zijn in onderhavige zaak, ontmoedigt werknemers om op de bres te springen voor die persoon die een ongunstige behandeling, oftewel discriminatie, ervaart (r.o. 34). Daardoor wordt ook de kans verkleind dat gevallen van discriminatie aan het licht worden gebracht en worden opgelost. Het Hof stelt vast dat art. 22 § 9 genderwet de categorie van werknemers die tegen represaillemaatregelen zijn beschermd strikter afbakt dan in art. 24 Richtlijn 2006/54/EG is bepaald, door werknemers die de gediscrimineerde persoon informeel hebben gesteund uit te sluiten (r.o. 36).

### Commentaar

1. Deze zaak stelt een belangrijk en, ondanks velerlei pogingen, nog steeds bestaand maatschappelijk probleem centraal: werknemers die zwanger zijn (of reeds kinderen hebben) wordt veelal geen baan aangeboden en degenen die daar een klacht over indienen ervaren victimisatie. Uit de Monitor Discriminatiezaken 2018 van het College voor de Rechten van de Mens blijkt dat meer dan de helft van de meldingen en vragen (in totaal 3.168) over geslacht betrekking hadden op zwangerschapsdiscriminatie (*Monitor Discriminatiezaken 2018*, p. 8-9, <https://mensenrechten.nl/publicatie/38794>). Interessant aan de onderliggende zaak is dat het juist gaat om een klacht door en victimisatie van een ander dan de zwangere zelf. Victimisatie(ontslag) is, op grond van art. 24 Richtlijn 2006/54/EG (vgl. ook o.a. art. 11 Richtlijn 2000/78/EG), verboden. Zoals het HvJ oordeelt betreft het een 'ruim' op te vatten bepaling (r.o. 27). Daarnaast is art. 24 'sufficiently specific to take direct effect and thus be enforceable against an employer who is an organ of the State' (P. Watson & E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 315). Van dit laatste is hier geen sprake en het HvJ gaat ook niet in op de al dan niet horizontale werking van richtlijnbevestigingen. Art. 24 Richtlijn 2006/54/EG geldt horizontaal voor alle situaties binnen het materiële toepassingsbereik van de richtlijn (COM(2004) 279 def., punt 3.7). Daarmee is het toepassingsbereik niet beperkt tot de gediscrimineerde werknemer, maar wor-

den eveneens degenen beschermd, die discriminatie aan de kaak willen stellen door dit bij de betreffende werkgever of elders te melden en op grond daarvan represaillemaatregelen ervaren (zie ook ov. 32 preambule Richtlijn 2006/54/EG).

2. Volgens de Belgische genderwet moest de klacht zijn ondertekend en gedateerd met daarin een uiteenzetting van de feiten die de persoon zelf heeft gezien of gehoord en die betrekking heeft op de toestand die het voorwerp is van de klacht. Als gezegd, art. 24 Richtlijn 2006/54/EG kent een ruime werkingssfeer. Op de onderhavige zaak toegepast betekent dit dat de Belgische bepaling niet EU-conform is. Zo oordeelt het HvJ dat uit ov. 32 preambule Richtlijn 2006/54/EG niet volgt dat formele criteria worden gesteld aan het indienen van een klacht door werknemers anders dan de gediscrimineerde persoon (r.o. 29). Een andere overweging zou het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ondermijnen doordat toegang tot rechtsbescherming slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk is.

3. Bij represailles gaat het niet om discriminatie, anders dan bij (seksuele) intimidatie, maar worden werknemers en degenen die hen ondersteunen door het indienen van een klacht beschermd omdat het bestrijden van discriminatie op grond van geslacht (en andere gronden) een fundamenteel beginsel van EU-recht is (ov. 3 preambule Richtlijn 2006/54/EG met verwijzing naar art. 2 en art. 3 lid 2 VEU). Bescherming tegen discriminatie en victimisatie zijn twee kanten van dezelfde medaille. Een belangrijk punt waar het HvJ op wijst en dat eerder ook al in de *Coote*-zaak aan de orde is geweest, is dat het ontbreken van wettelijke bescherming werknemers ervan kan weerhouden hun rechten voor een gerecht te doen gelden (HvJ EU 22 september 1998, C-185/97, ECLI:EU:C:1998:424 (*Coote*)). Daarmee kan de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn ernstig in gevaar worden gebracht (*Coote*, r.o. 24). Juist het melden van discriminatoire handelwijzen op de werkvloer is, in combinatie met gerechtelijke handhaving, cruciaal om structureel discriminatie op grond van het geslacht tegen te gaan.

4. Art. 24 moet in samenhang met art. 17 Richtlijn 2006/54/EG worden beschouwd. Deze laatste bepaling vormt een specifieke uitdrukking van het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming, onder meer neergelegd in art. 47 EU-Handvest. Op grond van art. 17 Richtlijn hebben werknemers die zich door niet-toepassing van het gelijke behandelingsbeginsel benadeeld achten recht op toegang tot gerechtelijke procedures. Toegang tot de rechter is op EU-niveau de meest belangrijke weg om gelijke behandelingsrechten te handhaven. Maar aan deze politieke keuze kleven verschillende nadelen. Dat wil niet zeggen dat dit 'complaints-led model' niet belangrijk is en dat het geen vruchten afwerpt, maar het is in veel opzichten erg beperkt, omdat het initiatief wordt overgelaten aan het individuele slachtoffer. Dit kan omslachtig en duur zijn, met als gevolg dat er geen alomvattende handhaving is en veel inbreuken niet worden verholpen. Bovendien gaat het om rechtsmiddelen met terugwerkende kracht. Wat hier volgens Fredman mist is een mogelijkheid om direct een beroep op toekomstgerichte of proactieve maatregelen te doen, die tot

structurele veranderingen zouden kunnen leiden. Tenslotte gaat het model alleen in op discriminatie als er een identificeerbare dader is die aantoonbaar de wet heeft overtreden. Sociaal-economische achterstanden kunnen zo bijzonder moeilijk worden bewezen (S. Fredman, 'Positive duties and socio-economic disadvantage: bringing disadvantage onto the equality agenda', *EHRLR 2010*, afl. 3, p. 295).

5. Een moeilijke kwestie betreft nog het feit dat er in de onderhavige zaak negen maanden liggen tussen het verzet van werkneemster V. tegen de weigering van werkgever (die inmiddels failliet is) om H. vanwege haar zwangerschap in dienst te nemen en het uiteindelijke ontslag. Dat roept de vraag op of er dan nog steeds sprake is van een victimisatie-ontslag in de zin van art. 24 Richtlijn 2006/54/EG. Volgens de werkgever zouden aan het ontslag objectieve redenen, namelijk de onjuiste uitvoering van toevertrouwde taken, het niet in acht nemen van veiligheidsvoorschriften, een ontoereikend onderhoud van de winkel en gebrek aan orde, ten grondslag liggen, maar de nationale rechter twijfelt daarover (r.o. 17 en 24). Het HvJ gaat daar niet nader op in. Niettemin is dit een aandachtspunt voor de nationale rechter om het verband tussen het indienen van een klacht en het daaropvolgende ontslag nader te onderzoeken. In menig geval zal er zeker sprake kunnen zijn van een objectief gegeven ontslag, maar er zullen zich ongetwijfeld ook situaties voordoen waarbij werkgevers strategisch een 'overgangperiode' zullen toepassen om het vermoeden dat er een causaal verband bestaat te ontkrachten. Een dergelijke periode biedt namelijk een werkgever de mogelijkheid om een dossier op te bouwen waarin 'objectieve' ontslagredenen worden verzameld. Per geval moeten nationale rechters beoordelen hoe 'objectief' de aangevoerde ontslagredenen zijn. Bijgevolg komt aan hen een belangrijke maatschappelijke taak toe, namelijk werknemers die discriminatie en/of victimisatie hebben ervaren wettelijke bescherming te bieden.

Mr. dr. M. Kullmann

## Socialezekerheidsrecht

### TRA 2019/102

Centrale Raad van Beroep 21 augustus 2019, nr. 17/1493 ZW  
m.nt. mr. B.J.M. de Leest

Art. 44 ZW

RSV 2019/237

AB 2019/437

NJB 2019/1950

ABkort 2019/435

ECLI:NL:CRVB:2019:2785

#### Maatstaf arbeid in het kader van de ZW.

#### Feiten

Betrokkene heeft in 2011 gedurende ongeveer 3 maanden werkzaamheden als postsorteerder voor 30 uur per week verricht, waarna hij zich ziek meldde met rugklachten. Na afloop van de wachttijd heeft het UWV een WIA-uitkering geweigerd omdat betrokkene minder dan 35% arbeidsongeschikt is. Betrokkene werd nog in staat geacht om met zijn beperkingen een drietal functies te verrichten.

Betrokkene is op 7 april 2015 als productiemedewerker gaan werken. Op 17 april 2015 heeft hij zich ziek gemeld met rugklachten. Nadat het dienstverband per 30 april 2015 is geëindigd heeft het UWV betrokkene met ingang van 1 mei 2015 een ZW-uitkering toegekend.

Op 27 oktober 2015 heeft betrokkene het spreekuur bezocht van een verzekeringsarts. Deze arts heeft betrokkene per 16 november 2015 geschikt geacht voor de bij de WIA-beoordeling geduide functies. Vervolgens heeft het UWV vastgesteld dat betrokkene per 16 november 2015 geen recht meer heeft op ziekgeld. Betrokkene maakt bezwaar tegen dit besluit. Bij de beoordeling in het kader van het bezwaar heeft het UWV het standpunt ingenomen dat het werk als productiemedewerker niet voldoet aan de voor de WIA-beoordeling opgemaakte Functionele Mogelijkhedenlijst en daarom ongeschikt is voor betrokkene en moet worden aangemerkt als een mislukte werkhervatting. De maatstaf arbeid betreft volgens het UWV (ten minste één van) de bij de WIA-beoordeling geselecteerde functies en niet de laatstelijk verrichte arbeid.

Betrokkene gaat van dit besluit in beroep bij de rechtbank. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond. Daarbij overweegt de rechtbank dat niet in geschil is dat betrokkene op 7 april 2015 hervat heeft in een voor hem ongeschikte functie van productiemedewerker. Gelet op vaste rechtspraak geldt dan niet als maatstaf arbeid het laatst verrichte werk maar de eerder in het kader van de Wet WIA geselecteerde functies. De rechtbank oordeelt dat het vervallen van artikel 44 van de ZW per 1 januari 2011 niet betekent dat in alle gevallen zonder uitzondering de laatst verrichte arbeid als maatstaf moet worden genomen. Betrokkene gaat van deze uitspraak in hoger beroep.

#### Oordeel van de Raad

De Raad stelt vast dat de vraag die moet worden beantwoord is wat op de datum in geding (16 november 2015) voor betrokkene als maatstaf arbeid in het kader van de ZW heeft te gelden.

Als er sprake is van een situatie waarbij er geen werkgever is wordt op grond van artikel 19 lid 5 ZW onder ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid verstaan: ongeschiktheid tot het verrichten van werkzaamheden die bij een soortgelijke werkgever gewoonlijk kenmerkend voor zijn arbeid zijn. In afwijking van de eerste zin wordt indien de verzekerde de ar-