

5.2. veroordeelt [gedaagde] om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis tegen bewijs van kwijting aan [eiseres] te betalen € 51.285,- bruto, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 5 juni 2023 tot de voldoening;

5.3. veroordeelt [gedaagde] om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis tegen bewijs van kwijting aan [eiseres] te betalen € 12.821,25 bruto aan wettelijke verhoging wegens te late betaling van de bonus, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf

5 juni 2023 tot de voldoening;

5.4. veroordeelt [gedaagde] om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis tegen bewijs van kwijting aan [eiseres] te betalen € 1.416,06 aan buitengerechtelijke incassokosten;

5.5. veroordeelt [gedaagde] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van [eiseres], tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 2.410,14, waarin begrepen € 1.588,- aan salaris gemachtigde;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde;

5.7. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad; *in reconventie*;

5.8. wijst de vordering van [gedaagde] af;

5.9. veroordeelt [gedaagde] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van [eiseres], tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 926,- aan salaris gemachtigde, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.10. veroordeelt [gedaagde], onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [eiseres] aan deze proceskostenveroordeling voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 124,- aan salaris gemachtigde, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving tot de voldoening;

5.11. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

45

Opzegging arbeidsovereenkomst in de proeftijd wegens verboden onderscheid

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar

2 november 2023, nr. 10548715/AO VERZ 23-41, ECLI:NL:RBNHO:2023:11038

(mr. Van Rijn)

Noot mr. drs. A.M. Helstone, mr. F.E. Stewart

Discriminatie. Ouderschapsverlof. Billijke vergoeding.

[BW art. 7:646, 7:681]

Op 6 maart 2023 solliciteert de werknemster naar de functie van manager customer service bij de werkgever. Na een eerste gesprek ontvangt de werknemster op 24 maart 2023 een salarisvoorstel. De werknemster doet hierop een tegenvoorstel. De werkgever accepteert dit tegenvoorstel. Verder geeft de werkgever aan dat een proeftijd van één maand geldt en dat de duur van het contract zes maanden is. In een e-mail van 27 maart 2023 accepteert de werknemster de proeftijd van één maand, maar geeft zij aan een contract voor de duur van een jaar te willen. In een e-mail van 30 maart 2023 bevestigt de werkgever dat de werknemster vanaf 1 juni 2023 bij de werkgever komt werken als manager customer service op basis van een jaarcontract met een proeftijd van één maand. Op 3 april 2023 schrijft de werknemster dat zij er kort geleden is achter gekomen dat zij zwanger is. De werkgever reageert hier op 6 april 2023 op en schrijft dat hij haar geen contract kan aanbieden omdat blijkt dat de werknemster na haar zwangerschap ouderschapsverlof wil opnemen en de functie een full-time dienstverband is. De werknemster meent dat haar arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd. Zij berust in het ontslag, maar vordert een billijke vergoeding.

De kantonrechter overweegt dat een arbeidsovereenkomst tot stand komt op het moment dat overeenstemming bestaat over de essentialia van de overeenkomst. Op 30 maart 2023 bestond overeenstemming over de essentialia, zodat er

tussen partijen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Omdat er een vermoeden van een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen bestaat, is het aan de werkgever om te bewijzen dat hij niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld. De door de werkgever aangevoerde reden dat de functie niet parttime kan worden vervuld, strookt niet met de vacaturetekst waarin staat dat het zowel om een fulltime als parttime functie gaat. Dit maakt dat het feitelijk niet fulltime beschikbaar zijn na haar zwangerschapsverlof geen reden kan zijn om niet met de werknemster verder te gaan. Dat een en ander voor de werkgever mogelijk niet goed werkbaar zou zijn, omdat er op de afdeling customer service al veel parttimers werken, is niet relevant. De werknemster heeft recht op een gefixeerde schadevergoeding van € 10.359,63 en een billijke vergoeding van € 5.000. Hierin is betrokken dat de werknemster nog een vast contract bij haar oude werkgever had en dus geen inkomensschade lijdt.

NB. Wanneer sprake is van een vermoeden van strijdigheid met gelijkebehandelingsregelgeving, bepaalt de wet dat omkering van de bewijslast plaatsvindt. Het is in die gevallen dus aan de werkgever om aan te tonen dat géén sprake is van strijd met de anti-discriminatiebepaling.

[Eiseres] te [woonplaats],

verzoekende partij,

verder te noemen: [eiseres],

gemachtigde: mr. C.G.W. de Graaf-Tolkamp, tegen

1) de besloten vennootschap *De Zwaluw Logistiek B.V.* te Enkhuizen en kantoorhoudende te Blokker,

2) de besloten vennootschap *Transmission Hoorn B.V.* te Oosterblokker en kantoorhoudende te Blokker,

verwerende partij,

verder afzonderlijk te noemen: De Zwaluw en Transmission Hoorn,

gemachtigde: mr. A. Koopman.

De zaak in het kort

De kantonrechter oordeelt dat de werknemer recht heeft op een billijke vergoeding omdat het opzeggen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever het gevolg is ernstig verwijtbaar han-

delen van de werkgever, te weten het maken van een verboden onderscheid naar geslacht.

1. *Het procesverloop*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. De Zwaluw houdt zich bezig met transport- en warehousingdienstverlening op het gebied van foodproducten en producten die daarmee samen te voegen zijn. Daarnaast houdt De Zwaluw zich bezig met aanvullende value added services, zoals het maken van displays, labelen van goederen, in- en ompakken van goederen en het maken van cadeauverpakkingen.

2.2. Transmission Hoorn houdt zich bezig met het verrichten van beroepsgoederenvervoer over de weg, van activiteiten op het gebied van logistieke dienstverlening, distributie en daarmee verband houdende diensten en het exploiteren van logistieke loodsen.

2.3. [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) is volgens het uittreksel van de KvK bestuurder van De Zwaluw én Transmission Hoorn.

2.4. Op 6 maart 2023 solliciteert [eiseres], geboren [geboortedatum] 1987, via Indeed naar de functie van manager customer service.

2.5. Op 20 maart 2023 heeft [eiseres] een eerste sollicitatiegesprek met [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), werkzaam als manager operations bij De Zwaluw én Transmission Hoorn.

2.6. Op 24 maart 2023 heeft [eiseres] een vervolgesprek met [betrokkene 3] en [betrokkene 1]. [eiseres] is gevraagd een loonstrook mee te nemen.

2.7. In een e-mail van 24 maart 2023 ontvangt [eiseres] een salarisvoorstel van [betrokkene 3].

2.8. In een e-mail van 25 maart 2023 doet [eiseres] een tegenvoorstel. Verder vraagt zij naar de duur van het eerste contract.

2.9. In een e-mail van 27 maart 2023 accepteert [betrokkene 3] het tegenvoorstel van [eiseres]. Verder geeft hij aan dat wordt gestart met een proeftijd van één maand en een half jaar contract.

2.10. In een e-mail van 27 maart 2023 accepteert [eiseres] de proeftijd van één maand. Verder geeft zij aan te hebben gehoopt op een jaarcontract omdat zij bij haar huidige werkgever een vast contract heeft.

2.11. In een e-mail van 28 maart 2023 geeft [betrokkene 3] aan dat een jaarcontract geen probleem is.

2.12. In een e-mail van 30 maart 2023 schrijft [betrokkene 3] aan [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) van personeelszaken met een cc aan [eiseres] dat [eiseres] vanaf 1 juni bij Transmission Hoorn komt werken als manager customer service op basis van een jaarcontract met een proeftijd van één maand, tegen loonschaal G9, op basis van 40 uur met een 4 daagse werkweek, zolang het UWV dit aanvult met ouderschapsverlof.

2.13. In een e-mail van 3 april 2023 om 10:07 uur schrijft [eiseres] aan [betrokkene 3] dat zij er kort geleden is achter gekomen dat zij zwanger is.

2.14. In een e-mail van 3 april 2023 om 14:04 uur schrijft [betrokkene 2] aan [eiseres] ‘Leuk om te horen dat je bij ons komt werken!’, ‘Nadat we alle documenten retour hebben ontvangen zullen we de arbeidsovereenkomst opstellen’ en ‘...welkom bij de Zwaluw...’.

2.15. Vervolgens hebben op 5 april 2023 twee telefoongesprekken tussen [eiseres] en [betrokkene 3] plaatsgevonden.

2.16. In een e-mail van 5 april 2023 schrijft [eiseres] aan [betrokkene 3] dat er sprake is van discriminatie op grond van haar zwangerschap.

2.17. In een e-mail van 6 april 2023 schrijft [betrokkene 3] aan [eiseres] dat zij haar geen contract kunnen aanbieden omdat blijkt dat het zwangerschapsverlof (*lees: ouderschapsverlof*) niet tijdelijk is en de functie een fulltime dienstverband is.

2.18. In een brief van 15 mei 2023 heeft de gemachtigde van [eiseres] aan De Zwaluw geschreven dat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd, dat [eiseres] berust in het ontslag en dat [eiseres] aanspraak maakt op een billijke vergoeding en de aanzegvergoeding.

2.19. In een brief van 13 juni 2023 schrijft [betrokkene 1] aan [eiseres] onder meer dat er tussen [eiseres] en Transmission Hoorn geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen omdat Transmission Hoorn haar voorstel voor een arbeidsovereenkomst op 5 april 2023 heeft ingetrokken en voor zover er sprake is van een arbeidsovereenkomst deze voor de ingangsdatum van 1 juni 2023 met gebruikmaking van de proeftijd is geëindigd door de opzegging van 5 april 2023.

2.20. [eiseres] heeft haar arbeidsovereenkomst bij haar oude werkgever [bedrijf] niet opgezegd. Zij werkt als site manager voor € 4.015,71 bruto per maand.¹

3. Het verzoek

3.1. [eiseres] heeft een verzoek gedaan om (I) ten laste van primair De Zwaluw en subsidiair Transmission Hoorn een billijke vergoeding van € 17.608,96 bruto toe te kennen, op grond van artikel 7:682 lid 1, onderdeel c, van het Burgerlijk Wetboek (BW) omdat De Zwaluw dan wel Transmission Hoorn verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst en (II) een gefixeerde schadevergoeding van € 51.804,00 bruto.

3.2. In dat kader voert [eiseres] aan dat zij en primair De Zwaluw, subsidiair Transmission Hoorn op 30 maart 2023, dan wel op 3 april 2023, een arbeidsovereenkomst zonder tussentijds opzegbeding voor de duur van 1 jaar, ingaande 1 juni 2023 zijn aangegaan. Dat de arbeidsovereenkomst nog op schrift moest worden gesteld doet niet ter zake. Volgens [eiseres] hebben partijen overeenstemming bereikt over de essentialia van de arbeidsovereenkomst. Verder voert [eiseres] aan dat zij op 5 april 2023 melding heeft gemaakt van haar zwangerschap en dat De Zwaluw dan wel Transmission Hoorn daarna aangeeft dat zij aan [eiseres] geen contract kan aanbieden en ervoor heeft gekozen met een andere sollicitant verder te gaan. Volgens [eiseres] mag De Zwaluw dan wel Transmission Hoorn geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst dan wel bij het aangaan daarvan. [eiseres] berust echter in haar ontslag, maar meent dat zij wel recht heeft op een billijke vergoeding en de gefixeerde schadevergoeding.

4. Het verweer

4.1. De Zwaluw voert in de eerste plaats aan dat [eiseres] niet ontvankelijk is. Verder is er geen sprake van een verboden onderscheid naar geslacht. Transmission Hoorn heeft het aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst aan [eiseres] ingetrokken omdat [eiseres] aangaf na haar zwangerschap niet fulltime beschikbaar te zijn terwijl het een fulltime functie betreft.

Daarbij is geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen aangezien geen algehele overeenstemming is bereikt over de arbeidsduur dan wel is de arbeidsovereenkomst opgezegd op 5 april 2023 en uiterlijk op 13 juni 2023. Voor het geval er sprake is van een verboden onderscheid, dan is De Zwaluw van mening dat de gevorderde billijke vergoeding moet worden gematigd tot nihil omdat [eiseres] geen inkomensschade heeft geleden en

¹ Zie rand 23 van het verzoekschrift.

nog steeds werkzaam is in haar huidige baan. Verder wordt betwist dat de arbeidsovereenkomst na een jaar zou worden verlengd en dat [eiseres] immateriële schade heeft geleden. De Zwaluw verzoekt om matiging van de gevorderde gefixeerde schadevergoeding.

5. De beoordeling

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of aan [eiseres] een billijke vergoeding moet worden toegekend, en of De Zwaluw en/of Transmission Hoorn moeten worden veroordeeld tot betaling van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

De Zwaluw is niet de werkgever

5.2. Het meest verstrekkende verweer van De Zwaluw is dat [eiseres] niet-ontvankelijk is in haar vordering omdat [eiseres] niet bij De Zwaluw maar bij Transmission Hoorn heeft gesolliciteerd. Ter zitting heeft [eiseres] erkend dat achteraf bezien niet De Zwaluw maar Transmission Hoorn de werkgever is en de kantonrechter heeft geen aanleiding om hierover anders te oordelen. Dit betekent dat het verzoek van [eiseres] ten aanzien van De Zwaluw niet-ontvankelijk is.

Transmission Hoorn is procespartij

5.3. Het standpunt dat [eiseres] ten aanzien van Transmission Hoorn niet-ontvankelijk is omdat zij niet door de rechtbank als procespartij is opgeroepen, faalt. De kantonrechter wijst op de brief van 13 juli 2023. In deze brief is Transmission Hoorn in de aanhef genoemd en uitgenodigd voor de mondelinge behandeling op 14 september 2023. Daarbij heeft de gemachtigde van De Zwaluw ter zitting verklaard dat zij ook de gemachtigde is van Transmission Hoorn en dat Transmission Hoorn hetzelfde verweer voert als De Zwaluw. De kantonrechter zal daarom verder uitgaan van Transmission Hoorn als procespartij.

5.4. Volgens Transmission Hoorn is [eiseres] ook niet-ontvankelijk omdat er geen sprake is van een herzien verzoekschrift maar van een nieuw verzoekschrift, dat na afloop van de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 sub a, van het Burgerlijk Wetboek (BW) is ingediend. Om dit verweer te kunnen beoordelen zal de kantonrechter eerst beoordelen of er tussen [eiseres] en Transmission Hoorn een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, hetgeen [eiseres] stelt en Transmission Hoorn betwist.

De arbeidsovereenkomst

5.5. De kantonrechter overweegt dat een arbeidsovereenkomst tot stand komt op het moment dat er overeenstemming is over de essentialia van de overeenkomst. Uit de overgelegde mailwisseling tussen [eiseres] en [betrokkene 3] en de e-mail van [betrokkene 3] aan [betrokkene 2] in cc aan [eiseres] blijkt dat partijen in de periode van 27 maart 2023 tot en met 30 maart 2023² hebben onderhandeld over de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Verder blijkt hieruit dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de functie (manager customer service), het salaris (G9), de proeftijd (1 maand), de duur van de overeenkomst (1 jaar), de aanvangsdatum (1 juni 2023) en de arbeidsduur (40 uur per week met een 4-daagse werkweek en 1 dag ouderschapsverlof). Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van de kantonrechter dat er op 30 maart 2023 overeenstemming was over de essentialia van de arbeidsovereenkomst, zodat er tussen partijen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

5.6. Volgens Transmission Hoorn is de mededeling van [eiseres] in het telefoongesprek met [betrokkene 3] op 5 april 2023 dat zij na haar zwangerschapsverlof een dag in de week ouderschapsverlof wilde opnemen, aan te merken als een nieuw aanbod, dat Transmission Hoorn niet heeft geaccepteerd. Echter, partijen hadden ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst geen discussie over de arbeidsduur. Zij hadden hier juist overeenstemming over. [eiseres] was immers aangenomen als fulltime medewerker. Dat [eiseres] na haar zwangerschapsverlof een dag in de week ouderschapsverlof zou willen opnemen, staat dus los van de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst. Het standpunt van Transmission Hoorn volgt de kantonrechter daarom niet.

5.7. De omstandigheid dat Transmission Hoorn nog geen (concept) arbeidsovereenkomst had opgesteld omdat [eiseres] nog documenten moest inleveren en gegevens diende aan te leveren, is, niet van belang. Zoals uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt, is een schriftelijke arbeidsovereenkomst geen vereiste voor het ontstaan van een arbeidsovereenkomst. Dat in artikel 4 lid 1 van de van toepassing zijnde CAO staat dat een arbeidsovereenkomst schriftelijk moet worden aange-

2 Zie hiervoor onder 2.6. tot en met 2.12.

gaan, doet hieraan niet af. Dit is een maatregel ter bescherming van de werknemer en kan niet aan [eiseres] worden tegengeworpen.

5.8. De verwijzing van Transmission Hoorn naar een vonnis van het Hof Den Bosch³ kan haar ook niet helpen. Naar het oordeel van de kantonrechter betrof die zaak juist geen vergelijkbare situatie omdat in die zaak nog geen overeenstemming was bereikt over de essentialia van de overeenkomst.

De vervaltermijn

5.9. Hiervoor is geoordeeld dat partijen een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, inhoudende dat [eiseres] met ingang van 1 juni 2023 in dienst zou komen bij Transmission Hoorn. Transmission Hoorn stelt dat deze arbeidsovereenkomst nog voor deze ingangsdatum door middel van een proeftijdontslag op 5 april 2023 is geëindigd en dat [eiseres] met het indienen van het gewijzigde verzoekschrift, ingekomen op 12 juli 2023, de vervaltermijn heeft overschreden. De kantonrechter volgt Transmission Hoorn niet. De omstandigheid dat het mogelijk is om een proeftijdontslag te verlenen voor de ingangsdatum van een arbeidsovereenkomst, brengt naar het oordeel van de kantonrechter op zichzelf niet mee dat de vervaltermijn op het moment van het verlenen van een proeftijdontslag aanvangt. Uit de door Transmission Hoorn aangehaalde jurisprudentie, volgt dat ook niet. De kantonrechter gaat er daarom vanuit dat de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 onder a in combinatie met artikel 7:681 lid 1 onder c van het BW twee maanden bedraagt en op 1 juni 2023 is ingegaan. De kantonrechter concludeert dan ook dat [eiseres] het gewijzigde verzoek tijdig heeft ingediend.

5.10. Voor zover de vervaltermijn wel op 5 april 2023 is aangevangen, dan overweegt de kantonrechter als volgt. Transmission Hoorn kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan [eiseres] tegenwerpen dat zij te laat is met haar gewijzigde verzoekschrift omdat Transmission Hoorn zelf onduidelijkheid in het leven heeft geroepen over de vraag wie de werkgever van [eiseres] is. In de tekst van de vacature waarop [eiseres] heeft gesolliciteerd wordt namelijk gewezen naar Transmission Hoorn zonder de extensie 'B.V.' en in de later overgelegde vacaturetekst staat

een foto van een vrachtauto van De Zwaluw B.V.⁴ Verder blijkt uit de e-mailcorrespondentie tussen [betrokkene 3] en [eiseres] dat onder de handtekening van [betrokkene 3] alleen wordt vermeld naar De Zwaluw. Het e-mailadres waarmee [betrokkene 1] naar [eiseres] berichten stuurt, heeft als extensie '[e-mailadres]'. Dat in de e-mail van [betrokkene 3] van 30 maart 2023 staat dat [eiseres] bij Transmission Hoorn zonder de extensie 'B.V.' komt werken, leidt niet tot een ander oordeel. Daarmee is immers niet gezegd dat [eiseres] niet in dienst komt van De Zwaluw B.V. Bovendien staat in de e-mail van 3 april 2023 van [betrokkene 2] aan [eiseres] als aanhef 'Welkom bij de Zwaluw' en sluit [betrokkene 2] af met 'Welkom bij de Zwaluw Logistiek B.V.'. Dit valt niet te rijmen met het standpunt van Transmission Hoorn dat het [eiseres] duidelijk had moeten zijn wie de werkgever is. Daarbij komt dat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] voor zowel Transmission Hoorn B.V. als De Zwaluw B.V. werkzaamheden verrichten en dat [betrokkene 1] bestuurder is van beide B.V.'s. Op vragen van de gemachtigde van [eiseres] over wie als werkgever moet worden aangemerkt, heeft (de gemachtigde van) Transmission Hoorn pas na het verstrijken van de vervaltermijn gereageerd. Kortom, de onduidelijkheid is veroorzaakt door Transmission Hoorn zelf. En het veroorzaken van onduidelijkheid over de identiteit als werkgever en die onduidelijkheid vervolgens gebruiken voor een beroep op de vervaltermijn, behoort door het recht niet te worden beloond.

5.11. Op grond van het voorgaande concludeert de kantonrechter dat [eiseres] ten aanzien van Transmission Hoorn ontvankelijk is in haar verzoek.

Onrechtmatig handelen door Transmission Hoorn

5.12. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord, is of Transmission Hoorn onrechtmatig heeft gehandeld door de arbeidsovereenkomst met [eiseres] op te zeggen vanwege haar zwangerschap, zoals [eiseres] stelt en Transmission Hoorn betwist.

5.13. Op grond van artikel 7:646 lid 1 BW mag een werkgever geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij, onder meer, het aangaan van een arbeidsovereenkomst en de opzegging

3 Zie ECLI:NL:GHSHE:2018:4333.

4 Zie productie 9 van [eiseres].

daarvan. Het maken van onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap is een vorm van direct onderscheid op grond van geslacht als bedoeld in artikel 7:646 lid 5 BW. Uit lid 12 van artikel 7:646 BW volgt dat de werkgever dient te bewijzen dat niet in strijd met dit artikel is gehandeld, als de werknemer in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden.

5.14. [eiseres] heeft ter onderbouwing van haar stelling dat sprake is van verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen gesteld dat de discussie over een fulltime dienstverband begon toen [betrokkene 3] en [eiseres] op 5 april 2023 telefonisch contact hadden na de melding van haar zwangerschap op 3 april 2023. Volgens [eiseres] heeft [betrokkene 3] toen gezegd: *‘Het is niet zo handig als je straks drie/vier maanden komt werken dan met verlof gaat en dan weer opnieuw ingewerkt moet worden en straks ga je misschien na je verlof nog maar drie dagen werken. Wij hebben echt iemand nodig en we dachten dat het ouderschapsverlof tijdelijk was.’* Verder heeft [eiseres] gewezen op haar e-mail van 5 april 2023 waarin zij schrijft: *‘Volgens jullie zou mijn verlof de inwerkperiode in de weg zitten. Ik kan voor mijn verlof vier maanden ingewerkt worden en na mijn verlof zou ik weer ‘opnieuw’ ingewerkt, moeten worden. Jullie zijn ‘bang’ dat ik na mijn verlof misschien nog maar drie dagen wil/kan werken.’* Met [eiseres] stelt de kantonrechter vast dat [betrokkene 3] in zijn e-mail van 6 april 2023 niet weerspreekt dat hij bovenstaande heeft gezegd. Uit de later door [betrokkene 3] opgestelde schriftelijke verklaring⁵ en zijn verklaringen op de zitting kan dat ook niet worden afgeleid. De kantonrechter neemt daarom als vaststaand aan dat [betrokkene 3] bovenstaande tegen [eiseres] heeft gezegd en is van oordeel dat deze mededeling doet vermoeden dat Transmission Hoorn de arbeidsovereenkomst met [eiseres] heeft opgezegd vanwege haar zwangerschap. Het inwerken voor en eventueel na een zwangerschap is immers inherent aan een zwangerschap.

5.15. Omdat er een vermoeden van een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen bestaat, is het aan Transmission Hoorn om te bewijzen dat zij niet in strijd met de gelijke behandelingswetgeving heeft gehandeld. Transmission Hoorn voert

aan dat de reden om niet met [eiseres] verder te gaan is gelegen in het feit dat [eiseres] na haar zwangerschapsverlof niet fulltime zou gaan werken terwijl zij had gesolliciteerd op een fulltime functie en wist dat parttime werken niet mogelijk is. Maar dit overtuigt de kantonrechter niet. Afgezien van het feit dat Transmission Hoorn niet heeft onderbouwd dat de functie alleen fulltime is opengesteld – in de vacaturetekst⁶ staat immers zowel ‘fulltime’ als ‘parttime’, was [eiseres] al voor fulltime aangenomen, waarbij zij een dag per week ouderschapsverlof mocht opnemen van Transmission Hoorn. Dat Transmission Hoorn hiermee heeft ingestemd omdat het ouderschapsverlof slechts tijdelijk zou zijn, brengt de kantonrechter niet tot een ander oordeel. [eiseres] heeft namelijk ter zitting onweersproken verklaard dat partijen tijdens de gesprekken voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst op 30 maart 2023 niet hebben gesproken over hoeveel ouderschapsverlof nog resteerde. Dit maakt dat het feitelijk niet fulltime beschikbaar zijn na haar zwangerschapsverlof niet de reden kan zijn om niet met [eiseres] verder te gaan. Dat een en ander voor Transmission Hoorn mogelijk niet goed werkbaar zou zijn, omdat er op de afdeling customer service al veel parttimers werken, is niet relevant. Dit kan dan ook niet als een gegronde reden worden aangemerkt om niet met [eiseres] verder te gaan. Transmission Hoorn voert nog aan eerder een geschikte kandidaat te hebben afgewezen omdat deze niet fulltime kon werken, maar dat heeft zij niet onderbouwd. Bovendien werpt dat geen ander licht op de zaak. De kantonrechter gaat hieraan dan ook voorbij.

5.16. De kantonrechter is op grond van al het voorgaande van oordeel dat Transmission Hoorn er niet in is geslaagd om het vermoeden van onderscheid naar geslacht te weerleggen. Daarmee is komen vast te staan dat sprake is van een verboden onderscheid in de zin van artikel 7:646 BW bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

De gefixeerde schadevergoeding

5.17. Omdat er sprake is van een verboden onderscheid, is de kantonrechter van oordeel dat het (voorwaardelijk) proeftijdontslag niet rechtsgeldig is gegeven, zodat [eiseres] in aanmerking

5 Zie productie 8 van Transmission Hoorn.

6 Zie productie 2 van [eiseres].

komt voor een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

5.18. Transmission Hoorn voert aan dat partijen een tussentijds opzegbeding zijn overeengekomen en dat de gefixeerde schadevergoeding daarom één bruto maandsalaris inclusief vakantiegeld bedraagt. De kantonrechter is met [eiseres] van oordeel dat niet is gebleken dat partijen hebben gesproken over een tussentijds opzegbeding ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Dat er een tussentijds opzegbeding in de modelovereenkomst staat die Transmission Hoorn hanteert, doet hieraan niet af. Deze modelovereenkomst is niet aan [eiseres] voorgelegd en door haar ondertekend en is daarom niet voldoende om een wilsovereenstemming op dit punt aan te nemen. Dit verweer van Transmission Hoorn volgt de kantonrechter dus niet.

5.19. Omdat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur die niet tussentijds kan worden opgezegd, is Transmission Hoorn op grond van artikel 7:677 lid 4 BW in beginsel een vergoeding verschuldigd die gelijk is aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd (1 juni 2024).

5.20. Transmission Hoorn heeft verzocht om de gefixeerde schadevergoeding te matigen omdat [eiseres] gedurende de hele periode inkomen geniet bij haar oude werkgever.

De kantonrechter kan de gefixeerde vergoeding matigen indien haar dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, maar tot niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden⁷. In de omstandigheid dat [eiseres] de arbeidsovereenkomst met haar oude werkgever niet heeft opgezegd en zij dus geen verdere inkomensschade heeft geleden, ziet de kantonrechter aanleiding om de gefixeerde schadevergoeding te matigen tot drie maanden.

5.21. Uitgaande van het overeengekomen salaris G9 van € 3.996,77 bruto per maand en de overeengekomen arbeidsomvang van vier dagen per week zou [eiseres] € 3.197,45 bruto per maand⁸ ontvangen. Dit leidt tot een gefixeerde schadevergoeding van € 10.359,63 bruto inclusief vakantie-

toeslag.⁹ Dit bedrag zal worden toegewezen. De gevorderde wettelijke rente over deze vergoeding wordt toegewezen, te rekenen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, dus vanaf 1 juni 2023.

De billijke vergoeding

5.22. Op grond van artikel 7:691 lid 1 onder c BW kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen als de werkgever heeft opgezegd in strijd met het verboden onderscheid naar geslacht. Hiervoor is geconcludeerd dat hiervan sprake is, zodat toekenning aan [eiseres] van een billijke vergoeding is gerechtvaardigd.

5.23. [eiseres] verzoekt om een billijke vergoeding van € 17.608,96, onderverdeeld in € 7.230,96 aan gederfd inkomen gedurende twee jaar, € 2.878,00 aan transitievergoeding en € 7.500,00 aan immateriële schadevergoeding.

5.24. Voor het vaststellen van de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding zijn in de rechtspraak uitgangspunten geformuleerd.¹⁰ De kantonrechter moet bij het bepalen van de billijke vergoeding rekening houden met alle omstandigheden van het geval en die vergoeding moet daarbij aansluiten. Het gaat er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Ook met de gevolgen van de ontbinding kan rekening worden gehouden, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het verwijt dat de werkgever kan worden gemaakt. De billijke vergoeding heeft geen bestraffend doel en bij het bepalen daarvan kan dus geen rol spelen welk bedrag voor de werkgever een bestraffend effect heeft.

5.25. De kantonrechter moet een schatting maken van de vermoedelijke duur van de arbeidsovereenkomst indien deze niet door het ernstig verwijtbaar handelen van Transmission Hoorn zou zijn opgezegd. Maar anders dan [eiseres], vindt de kantonrechter het niet aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen na één jaar zou worden verlengd. Dat betekent dat de kantonrechter slechts met het gederfd inkomen gedurende één jaar rekening kan houden. Uitgaande van

7 Zie artikel 7:677 lid 4 BW.

8 € 3.996,77 x 0,80.

9 € 3.197,45 x 3 maanden x 1,08.

10 Zie ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle) en ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia).

het door [eiseres] genoemde bedrag is er sprake van een inkomensverlies van € 3.615,48.¹¹ Dit bedrag is lager dan de toegekende gefixeerde schadevergoeding. Er is per saldo dus geen sprake van een inkomensverlies.

5.26. Wel is sprake van het mislopen van een transitievergoeding door het opzeggen van de arbeidsovereenkomst door Transmission Hoorn. [eiseres] stelt dat de transitievergoeding bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst na twee jaar € 2.878,00 bedraagt. Dit bedrag heeft Transmission Hoorn niet betwist, zodat de kantonrechter hiervan ook uitgaat. Echter, zoals hiervoor al is overwogen, is het niet aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst na één jaar zou worden verlengd. Het inkomensverlies in verband met de transitievergoeding is dus € 1.439,00.¹²

5.27. De kantonrechter gaat er vanuit dat de door [eiseres] gevorderde immateriële schade zijn grondslag vindt in artikel 6:106 lid 1 BW en vindt dat er voor toekenning van een immateriële schadevergoeding in dit geval geen plaats is. Niet is gesteld of gebleken dat [eiseres] geestelijk letsel heeft opgelopen door de handelwijze van Transmission Hoorn. De omstandigheid dat Transmission Hoorn een verboden onderscheid naar geslacht heeft gemaakt, is daarvoor niet voldoende. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig en die heeft [eiseres] niet gesteld. Dit betekent dat bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding geen rekening hoeft te worden gehouden immateriële schade.

5.28. Zoals hiervoor al is overwogen, heeft de billijke vergoeding geen apart bestraffend karakter. Dat neemt niet weg dat deze vergoeding ook is bedoeld om Transmission Hoorn te laten beseffen dat haar handelen verkeerd was en dat de billijke vergoeding ook dient om herhaling van soortgelijk gedrag te voorkomen. De kantonrechter benoemt in dit verband dat [betrokkene 1] op de zitting heeft verklaard dat in geval een manager customer service gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst zwanger zou raken deze in overleg in een vervangende functie zou worden geplaatst. Daarmee lijkt Transmission Hoorn te miskennen dat een werknemer recht heeft om zwangerschaps- en ouderschapsverlof in de eigen functie te genieten. Dat Transmission Hoorn niet

de intentie heeft om dit te miskennen en ook ten aanzien van [eiseres] stelt niet de intentie te hebben gehad om onderscheid naar geslacht te maken, doet hieraan niet af.

5.29. Gelet op al het voorgaande bepaalt de kantonrechter de hoogte van de billijke vergoeding op € 5.000,00 bruto. Hierbij heeft de kantonrechter de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding betrokken en ook het feit dat [eiseres] nog steeds een vast contract heeft bij haar oude werkgever. De gevorderde wettelijke rente over de billijke vergoeding is toewijsbaar vanaf 1 juni 2023.

Tussenconclusie

5.30. Uit het voorgaande volgt dat de primaire verzoeken van [eiseres] in zoverre worden toegewezen. Dit betekent dat de subsidiaire verzoeken buiten beschouwing blijven.

Bruto/netto specificatie

5.31. [eiseres] heeft verzocht om verstrekking van een bruto/netto specificatie van de toegewezen bedragen. Tegen dit verzoek heeft Transmission Hoorn geen verweer gevoerd, zodat dit als onweersproken wordt toegewezen. De door [eiseres] in dit verband verzochte bepaling van een dwangsom wijst de kantonrechter af. De kantonrechter heeft geen aanleiding om te oordelen dat Transmission Hoorn zich hieraan niet zal houden.

De proceskosten

5.32. De proceskosten komen voor rekening van Transmission Hoorn, omdat zij ongelijk krijgt.

5.33. De kantonrechter zal de door [eiseres] gevorderde nakosten niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden. Volgens vaste rechtspraak¹³ levert een kostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel op. Een veroordeling tot betaling van de proceskosten omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten.

6. De beslissing

De kantonrechter:

6.1. verklaart het verzoek ten aanzien van De Zwaluw niet-ontvankelijk;

6.2. veroordeelt Transmission Hoorn om aan [eiseres] een gefixeerde schadevergoeding te betalen van € 10.359,63 bruto inclusief vakantietoe-

11 € 7.230,96: 2 jaar.

12 € 2.878,00: 2 jaar.

13 Zie HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.

slag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2023;

6.3. veroordeelt Transmission Hoorn om aan [eiseres] een billijke vergoeding te betalen van € 5.000,00 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2023;

6.4. veroordeelt Transmission Hoorn om aan [eiseres] een deugdelijke bruto/netto specificatie van de toegewezen bedragen te verstrekken;

6.5. veroordeelt Transmission Hoorn tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van [eiseres] tot en met vandaag vaststelt op € 1.486,00, te weten:

griffierecht € 693,00

salaris gemachtigde € 793,00;

6.6. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

6.7. wijst af hetgeen anders of meer is verzocht.

NOOT

Het oordeel van de kantonrechter in deze zwangerschapsdiscriminatiezaak lijkt ons evident juist. De werkgever Transmission Hoorn heeft een verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen gemaakt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de werkneemster. Toch heeft deze uitspraak bredere betekenis. Het belang van deze uitspraak is er in gelegen dat er weinig wordt geprocedeerd over zwangerschapsdiscriminatie: het geringe aantal gepubliceerde uitspraken staat in schril contrast met de door het College voor de Rechten van de Mens (CRM) geconstateerde hoeveelheid schendingen van het gelijke behandelingsrecht bij zwangerschap. Dit terwijl er een ruim beschermingskader bestaat voor zwangerschapsdiscriminatie. Deze tegenstelling onderstreept scherp het juridisch en maatschappelijke belang van deze uitspraak.

Het juridisch kader omtrent zwangerschapsdiscriminatie is gelaagd. Op Europees niveau zijn de Herschikingsrichtlijn (Richtlijn 2006/54/EG) en de Zwangerschapsrichtlijn (Richtlijn 92/85/EEG) van belang. Deze richtlijnen zijn in verschillende Nederlandse wetten geïmplementeerd, waardoor het nationale wettelijk kader verspreid is. Art. 7:646 BW kent een algemene gelijke behandelingsplicht voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) hebben een breder toepas-

singsgebied. Deze zijn ook van toepassing op arbeidsrelaties.

Onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap wordt aangemerkt als direct onderscheid op grond van geslacht (art. 1 lid 3 AWGB; art. 1 lid 2 WGB). Dit betekent dat hiervoor geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Dit is in lijn met Europese rechtspraak (HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, «JAR» 1998/198 (*Brown*); HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, *NJ* 1992/224 (*Dekker*)).

Omdat discriminatie vaak moeilijk te bewijzen is, geldt er een verlichte bewijslast. Het is aan de werkneemster die zich gediscrimineerd voelt om voldoende feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden (art. 7:646 lid 12 BW; art. 10 AWGB en art. 6a WGB). Als de werkneemster hierin slaagt, is het aan de werkgever om te bewijzen dat hij geen verboden onderscheid heeft gemaakt.

Het valt op dat de kantonrechter niet verwijst naar Europese richtlijnen of rechtspraak. Dit terwijl jurisprudentie van het Hof van Justitie een belangrijke rechtsbron is voor zwangerschapsdiscriminatie, ook voor de uitleg en waardering van de Nederlandse wetsbepalingen die de kantonrechter aanhaalt.

In rechtsoverweging 5.15 geeft de kantonrechter Transmission Hoorn na aanneming van het bewijsvermoeden terecht de mogelijkheid te bewijzen dat zij niet in strijd met gelijke behandelingswetgeving heeft gehandeld. Wij begrijpen niet waarom de kantonrechter inhoudelijk ingaat op de overtuigingskracht van het door Transmission Hoorn opgeworpen argument. De reden van Transmission Hoorn tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst is tweeledig, blijkt uit rechtsoverweging 5.14: het verlof zou de inwerkperiode in de weg zitten en Transmission Hoorn zou 'bang' zijn dat de werkneemster na haar zwangerschapsverlof nog maar drie dagen wil/kan werken. Saillant detail is dat uit het feitencomplex niet volgt dat de werkneemster aan Transmission Hoorn heeft medegedeeld minder dan fulltime te willen gaan werken na haar zwangerschapsverlof.

Ten aanzien van de eerste reden geldt dat deze redenering rechtstreeks onderscheid naar geslacht maakt en dus verboden is. Eenzelfde afwijzingsredenering zien we in een uitspraak van het CRM (oordeelnummer 2017-34). De vrouwelijke sollicitant werd niet aangenomen omdat zij van-

wege haar zwangerschap de inwerkperiode zou moeten afbreken, om na afloop van haar zwangerschapsverlof aan een nieuwe inwerkperiode te beginnen. Hoewel uitspraken van het CRM juridisch niet bindend zijn, hebben zij wel gezag. Wij menen dat het CRM het bij het juiste einde heeft. Een dergelijk argument van de werkgever is zodanig nauw verbonden met de zwangerschap en daarmee het 'vrouw zijn', het betreft immers de afwezigheid van de werkneemster door zwangerschapsverlof, dat niet anders geconcludeerd kan worden dan dat dit een (direct) verboden onderscheid op grond van geslacht betreft. Ten aanzien van de tweede reden geldt dat de kantonrechter dit argument had kunnen afdoen op het feit dat de angst van de werkgever geen ondersteuning vindt in de feiten. Voor zover deze angst is gebaseerd op de gedachtegang dat een moeder minder zal gaan werken, lijkt dit ons een verboden onderscheid op grond van het moederschap, wat als direct onderscheid op grond van geslacht te gelden heeft (art. 1 lid 3 AWGB; art. 1 lid 3 WGB). Ook zonder deze tegenargumenten op overtuigingskracht te toetsen, had de rechter hier dus aan voorbij kunnen gaan. Het op een dergelijke wijze centraal stellen van het kader en de reikwijdte van de bescherming van de zwangere werkneemster zou de kenbaarheid van het juridisch kader en daarmee de toegang tot het recht ten goede komen.

Vanaf rechtsoverweging 5.22 gaat de kantonrechter in op de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 sub c BW. De kantonrechter volgt de uitgangspunten uit *New Hairstyle* en *Zinzia* (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, «JAR» 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris; HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, «JAR» 2018/167), maar besteedt geen aandacht aan het Europeesrechtelijk kader omtrent schadevergoedingen voor de benadeelde van een verboden onderscheid. Het Hof van Justitie heeft hierover duidelijkheid gegeven in de eerdergenoemde *Dekker*-uitspraak. Het Hof van Justitie oordeelde dat de schending van het discriminatieverbod als zodanig reeds moet volstaan voor de volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd en in het nationale recht kunnen hier geen rechtvaardigingsgronden voor worden erkend. Overigens: ook de Hoge Raad constateert in de *New Hairstyle*-beschikking onder verwijzing naar parlementaire geschiedenis dat voor de in art. 7:681 BW opgenomen gevallen de ernstige verwijtbaarheid van

de werkgever besloten ligt in de omschreven situatie (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 80 en nr. 4, p. 61).

De kantonrechter lijkt dit gegeven correct toe te passen door in rechtsoverweging 5.28 te concluderen dat de intentie van Transmission Hoorn niet afdoet aan haar werkwijze.

Tegen deze achtergrond komt de vraag op hoe richtlijnconform het is om de *New Hairstyle*-omstandigheid 'mate van verwijtbaarheid die de werkgever kan worden gemaakt' in de schadevergoedingsoverweging te betrekken. Gelet op hetgeen is overwogen in de *Dekker*-uitspraak zouden wij bepleiten dat een verminderde verwijtbaarheid van de werkgever niet mogelijk is bij een direct verboden onderscheid naar geslacht, ook niet bij gevallen die buiten art. 7:681 lid 1 sub c BW vallen. Dit is per definitie verwijtbaar. Ook de 'schuldloos' discriminerende werkgever is immers aansprakelijk voor zijn handelen (P.C. Vas Nunes, *Discriminatie in arbeid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 54).

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

mr. F.E. Stewart
advocaat bij Stibbe

46

Beveiligers krijgen transitievergoeding na beëindiging conform ontbindende voorwaarde

Kantonrechter Rechtbank Noord-Nederland
zp Leeuwarden
4 juni 2021, nr. 9139970 AR VERZ 21-24,
ECLI:NL:RBNNE:2021:2347
(mr. Giltay)

Strafrechtelijke vervolging. Wbpr-toestemming. Einde van rechtswege.

[BW art. 7:673 lid 1]

De werknemer is in dienst als beveiligers. Zijn arbeidsovereenkomst bevat de ontbindende voorwaarde dat zijn arbeidsovereenkomst eindigt als hij niet over een geldig legitimatiebewijs beschikt.