

Zwangerschap en prestatiebonussen: een kwestie van adequate ‘gezondheidsbescherming’ of gelijke beloning?

De Gordiaanse knoop van de toepasselijkheid van de Europese richtlijnen 1992/85 en 2006/54

CGB-oordelen 2011-79 t/m 81

Inleiding

Onderwerp van de oordelenreeks 2011-79 t/m 81 is de vraag of een afwezigheid wegens zwangerschapsverlof of zwangerschapsgerelateerde ziekte mag leiden tot het afwijzen of verlagen van variabele beloningselementen. Het gaat in dit geval over bonussen die op discretionaire basis aan het einde van het jaar worden toegekend. De hoogte van de bonus wordt bepaald door de bedrijfsprestatie (omzet en/of winst), de groepsprestatie, de individuele prestatie en de mate van aanwezigheid op het werk. De oordelen kennen een gelijke motivering die tot uitdrukking brengt dat de CGB haar positie heeft gewijzigd op dit gebied.

Voorheen werd geoordeeld dat het niet betalen of verlagen van bonussen in de genoemde situaties in strijd was met artikel 7:646 BW. Het artikel verbiedt seksdiscriminatie in de arbeidsvoorwaarden waaronder loon is begrepen. Omdat onder direct onderscheid mede wordt verstaan onderscheid op grond van zwangerschap (lid 5), en afwezigheid vanwege zwangerschap op één lijn moet worden gezet met de zwangerschap zelf, is het niet toekennen of verlagen van de bonus vanwege zwangerschapsverlof of zwangerschapsgerelateerde ziekte verboden. Dit was ook de strekking van CGB-oordeel 2007-188, een zaak die later voor de Kantonrechter Utrecht werd gebracht. De kantonrechter bevestigde de lijn van de CGB (8 oktober 2008, *JAR* 2009/9), doch de uitspraak werd in hoger beroep vernietigd (Hof Amsterdam 27 april 2010, *JAR* 2010/142). De hier besproken oordelen over bonussen en zwangerschap volgen de lijn die is uitgezet door het Hof Amsterdam, wat reden is eerst bij dit arrest stil te staan.

Het Hof Amsterdam oordeelde dat het verlagen van de bonus naar rato van de duur van het zwangerschapsverlof en de duur van de zwangerschapsgerelateerde ziekte was toegestaan. De redenen hiervoor zijn gecompliceerd omdat deze uiteen lopen voor het zwangerschapsverlof en voor de periode van zwangerschapsgerelateerde ziekte. Een en ander is het gevolg van het verweer dat de betreffende werkgever bij de kantonrechter had gevoerd met betrekking tot sekseonderscheid vanwege afwezigheid tijdens het zwangerschapsverlof. Dit onderscheid, mocht dat er zijn, werd volgens de werkgever gesauveerd doordat de werkneemster op grond van artikel 7:629 BW (doorbetalingsplicht van 70% van het dagloon tijdens verhindering wegens ziekte of zwangerschap) sowieso geen recht heeft op loondoorbetaling gedurende het zwangerschapsverlof maar op een zwangerschapsuitkering van het UWV op grond van de Wazo (artikel 7:629 lid 4 BW). Dit verweer ging dus niet om de vraag of er sprake van discriminatie was, maar op wiens bordje dat thuishoorde. Naar het oordeel van de kantonrechter ging de vlieger echter niet op omdat het verval van de loondoorbetaling gedurende het zwangerschapsverlof volgens artikel 7:629 lid 1 BW alleen betrekking heeft op zogeheten ‘naar tijdsruimte vastgesteld loon’, dan wel volgens artikel 7:629 lid 8 BW op vormen van ‘stukloon’ zoals bedoeld in artikel 7:628 lid 3 BW. De bonus valt onder geen van deze loonbegrippen, aldus de kantonrechter, en bovendien maakt de bonus volgens de geldende regels ook geen deel uit van het dagloon op grond waarvan het UWV een uitkering doet.

Het Hof Amsterdam, in hoger beroep, ziet dit anders. De bonus is wel een vorm van stukloon. Stukloon houdt in dat men betaald wordt naar de mate van de opbrengsten van de verrichte arbeid. Omdat er bij verhindering geen opbrengsten zijn, bepaalt artikel 7:628 lid 3 BW dat in dat geval als loon moet worden beschouwd dat wat de werknemer gemiddeld zou verdienen wanneer hij niet verhinderd was geweest. Het hof meent dat de bonus in kwestie weliswaar niet afhankelijk is van de

opbrengsten van de individueel verrichte arbeid. De criteria zijn immers de prestatie van het bedrijf en de groep en het goed functioneren van de werkneemster gedurende het jaar. Na vaststelling van de bonus volgt echter een verlaging naar de mate van verhindering, waardoor de bonus, vergelijkbaar met stukloon, uiteindelijk wel afhankelijk is van de hoeveelheid verrichte arbeid. De slotsom van dit alles is dat de bonus hiermee wel onder het bereik van artikel 7:629 BW valt en de werkgever op grond van artikel 7:629 lid 4 BW derhalve geen loon hoeft te betalen gedurende het zwangerschapsverlof. Voor de perioden van zwangerschapsgerelateerde ziekte voorafgaand aan het verlof geldt de loondoorbetalingsplicht van artikel 7:629 BW onverkort. Toch is het niet betalen van de bonus ook tijdens deze perioden geen vorm van sekseonderscheid, aldus het hof. Verwezen wordt naar de *McKenna*-zaak (JAR 2005/236) waarin het Europese Hof van Justitie (verder: HvJ) op grond van richtlijn 92/85/EEG inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (verder: zwangerschapsrichtlijn), vaststelde dat een werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof geen recht heeft op de volledige doorbetaling van haar loon, maar op tenminste een uitkering of bezoldiging die gelijk is aan wat een mannelijke zieke werknemer ontvangt. Dit betekent volgens het HvJ dat uit het (seks)specifieke karakter van zwangerschapsgerelateerde ziekte voorafgaand aan het verlof niet noodzakelijkerwijs voortvloeit dat een vrouwelijke werknemer die afwezig is om die reden, recht heeft op de volledige doorbetaling van haar loon wanneer een werknemer die afwezig is wegens een ziekte die geen verband heeft met een zwangerschap, niet een dergelijk recht geniet. Tijdens afwezigheid wegens een zwangerschapsgerelateerde ziekte mag een vrouwelijke werknemer derhalve op haar beloning worden gekort, op voorwaarde dat zij op dezelfde manier wordt behandeld als een mannelijke werknemer die afwezig is wegens ziekte en op voorwaarde dat het bedrag van de uitkering niet zo gering is dat het doel van de bescherming van zwangere werknemers daardoor op de helling komt te staan. Op basis van deze uitspraak komt het Hof Amsterdam tot de conclusie dat er geen sprake is van ongelijke behandeling van de zwangere werkneemster tijdens afwezigheid wegens zwangerschapsgerelateerde ziekte omdat een mannelijke, zieke werknemer ook geen bonus ontvangt gedurende deze periode van afwezigheid en het voorts niet is gebleken dat de inkomsten van de werkneemster door het niet betalen van de bonus dermate dalen dat daarmee het doel van de bescherming van zwangere werkneemsters op de helling komt te staan.

De CGB volgt in al haar oordelen nauwgezet het Hof Amsterdam, inclusief een toetsing of de bonus in kwestie 'stukloon' vormt in de zin van artikel 7:629 lid 8 jo. 628 lid 3 BW. Nu dat in alle drie de oordelen het geval is, volgt daaruit dat de werkgever geen onderscheid kan maken in de zin van artikel 7:646 BW, wanneer er volgens het toepasselijke artikel 7:629 lid 4 BW geen verplichting bestaat voor de werkgever om (enig) loon te betalen gedurende het zwangerschapsverlof. Of de consequentie hiervan is dat het UWV dan mogelijk onderscheid maakt door de bonus niet mee te nemen in de zwangerschapsuitkering, kan de CGB terzijde laten: eenzijdig overheidshandelen mag zij niet toetsen (oordeel 2011-79, overweging 3.17). De vraag of er sprake is van sekseonderscheid door geen bonus te betalen gedurende perioden van zwangerschapsgerelateerde ziekte voorafgaand aan het verlof, beantwoordt de CGB, evenals het Hof Amsterdam, ontkennend, omdat op grond van de uitspraak van het HvJ in de zaak *McKenna* de zwangere werkneemster in dit geval vergeleken moet worden met een mannelijke werknemer die afwezig is wegens ziekte.

Commentaar

Als het gaat om het recht op een bonus tijdens zwangerschapsverlof, zal de grondrechtenspecialist wel verbaasd zijn door de arbeidsrechtelijke exercitie die de CGB hierop loslaat. Deze exercitie op grond van het recht op loondoorbetaling tijdens ziekte (art. 7:629 BW) lijkt ook niet strikt noodzakelijk. Wanneer men zich baseert op de uitspraak in de zaak *McKenna*, is de redenering dat de zieke, mannelijke collega ook geen bonus verdient, evengoed toepasbaar op de afwezigheid tijdens een periode van zwangerschapsgerelateerde ziekte, als op de afwezigheid tijdens het zwangerschapsverlof zelf. De redenering dat tijdens afwezigheid wegens zwangerschapsgerelateerde ziekte geen recht bestaat op het volledige loon maar op het loon wat een mannelijke zieke werknemer tijdens afwezigheid zou ontvangen, wordt door het HvJ immers juist afgeleid uit het feit dat op grond van de zwangerschapsrichtlijn voor afwezigheid tijdens het verlof hetzelfde geldt. Op basis van *McKenna* vormt het onthouden van een bonus gedurende verlof en zwangerschapsgerelateerde ziekte dus geen

discriminatie op grond van artikel 7:646 BW. Pas als er wél sprake zou zijn geweest van discriminatie, zou de CGB op grond van artikel 7:629 BW moeten uitmaken of het nu de werkgever of het UWV is die discrimineert. De reden waarom de CGB direct al bij de tweede vraag begint, lijkt het gevolg van de rechtsvraag die de CGB, evenals het Amsterdamse hof, tot uitgangspunt neemt, namelijk bestaat er een recht op een bonus *tijdens* het zwangerschapsverlof? In dat geval stuit men al gelijk op het knelpunt dat de werkgever helemaal geen loon hoeft te betalen tijdens zwangerschapsverlof volgens artikel 7:629 lid 4 BW.

De 'ingang' van artikel 7:629 BW leidt tot een wat moeizame discussie over tijdsloon (loon naar mate van het aantal gewerkte uren), stukloon (loon naar mate van de omvang van de opbrengsten van de verrichte arbeid) en de aard van een jaarlijkse prestatiebonus. Deze discussie versterkt de gedachte dat zowel de rechter als de CGB zich wellicht eerst hadden moeten afvragen welke rechtsvraag nu de juiste insteek oplevert, gezien de aard van de bonus in kwestie. Er dienen zich twee mogelijkheden aan. Moet een werkgever een jaarbonus volledig uitkeren aan het einde van het jaar *ongeacht* (een afwezigheid wegens) zwangerschap in het afgelopen bonusjaar? Dan wel, heeft een werkneemster *gedurende* haar tijd van afwezigheid wegens zwangerschap recht op doorbetaling van (een tijdsevenredig deel van) de jaarbonus? Doordat, op een bijna vanzelfsprekende wijze, de laatste vraag als vertrekpunt van redeneren wordt genomen, belandt men meteen in het vaarwater van artikel 7:629 BW. Dit artikel legt in feite een geprivatiseerde ziektewetuitkering van 70% van het gemaximeerde dagloon vast in het arbeidsrecht. Wanneer men de vraag naar de berekening van een bonus die eenmalig aan het einde van het jaar wordt toegekend, terugbrengt tot de vraag of het recht op gelijke behandeling van vrouwen vereist dat een tijdsevenredig gedeelte van deze bonus verdisconteerd wordt in het verschuldigde ziektegeld tijdens zwangerschapsgerelateerde ziekte of in het recht op zwangerschapsuitkering tijdens verlof, raakt men 'vanzelf' in de knoop met het feit dat tijdens dergelijke bijzondere perioden van verhindering bijzondere regimes van bezoldiging of uitkering gelden die niet op één lijn zijn te zetten met reguliere beloning van arbeid. Anders gezegd, was er wel sprake van discriminatie geweest dan maken de bijzondere regimes nog niet dat de werkgever de bonus wel (volledig) moet uitbetalen. Tijdens verlof zou een bonus onder het gedefinieerde maximale dagloon van de Ziektewet moeten vallen, tijdens zwangerschapsgerelateerde ziekte zou de werkgever op grond van artikel 7:629 BW slechts 70% van het aan het tijdvak van ziekte toe te rekenen deel van de bonus verschuldigd zijn.

Omdat de bonus waar het om gaat, een extra beloning is die eenmalig aan het einde van het jaar wordt toegekend en in hoogte alleen afhankelijk is van het goed functioneren van het bedrijf, groep en individu gedurende dat bonusjaar, is er, lijkt mij, geen reden om dit (kunstmatig) terug te brengen naar de vraag of een (terug te rekenen) gedeelte van de bonus onderdeel moet zijn van het recht op ziektegeld op grond van artikel 7:629 BW of de zwangerschapsuitkering van het UWV. De vraag lijkt eerder of de werkgever bij de wijze van toekenning van de bonus op het einde van het jaar verboden onderscheid maakt door de vastgestelde bonus uit te betalen naar rato van de gewerkte tijdvakken in het bonusjaar. Omdat de vaststelling van de bonus, zoals aan de orde bij het Hof Amsterdam en in de besproken oordelen, zelf niet dwingt om de hoeveelheid gewerkte uren in het jaar in beschouwing te nemen, gaat het om een 'vrije' keuze van de werkgever om een op een enkel tijdstip toe te kennen beloning afhankelijk te maken van de (in)activiteit van de werknemer in het afgelopen jaar. De keuzevrijheid die hier bestaat, blijkt ook uit het feit dat de tot stand gebrachte koppeling met inactiviteit verschillende modaliteiten kent. In de zaak voor het Hof Amsterdam ging het om inactiviteit bestaande uit arbeidsongeschiktheidsperioden die (samen) langer dan een maand hebben geduurd, in de oordelen 2011-79 en 81 om elke periode van afwezigheid wegens verlof, inclusief vakantieverlof. Dat roept de vraag op of de aangelegde criteria voor het bepalen van inactiviteit inderdaad tot uitgangspunt genomen mogen worden voor een korting van een jaarlijks eenmalig te verstrekken bonus. Wanneer we bijvoorbeeld de korting van de bonus vanwege genoten vakantieverlof in het bonusjaar nemen, lijkt het mij minder voor de hand te liggen om, zoals de rechter en CGB zouden voorstaan, te beoordelen of een gedeelte van een jaarlijks toe te kennen bonus behoort tot het loon, waarop de werknemer recht behoudt gedurende afwezigheid wegens vakantieverlof. Eerder zou het toch moeten gaan om de vraag of een werkgever een extra beloning aan het einde van het jaar mag korten omdat een werknemer vakantieverlof heeft genoten, terwijl de werkgever tegelijkertijd wettelijk verplicht is om dit verlof jaarlijks toe te kennen aan de werknemer uit veiligheids- en gezondheidsredenen (zie ook artikel 31 lid 2 EU-handvest van de grondrechten). In het verlengde

hiervan had het Hof Amsterdam en de CGB ook de vraag kunnen stellen of het op grond van artikel 7:646 BW geoorloofd is om een op jaarbasis toe te kennen beloning te korten vanwege zwangerschap of daaraan gerelateerde redenen.

Het interessante is dat het HvJ in het verleden een dergelijke vraag ook gesteld en beantwoord heeft. In de zaak *Alabaster* (JAR 2004/101) bijvoorbeeld werd het (deels) niet meetellen van de periode van het zwangerschapsverlof voor de vervulling van een kwalificatieperiode voor een promotie, direct discriminerend geacht voor vrouwen. In de zaak *Thibault* (JAR 1998/139) gold hetzelfde wanneer een werknemster alleen vanwege haar zwangerschapsverlof niet in aanmerking is gekomen voor een beoordeling en daarmee een loonsverhoging. In de zaak *Lewen* (JAR 1999/278) werd onder meer geoordeeld dat wanneer bij de toekenning van een kerstgratificatie, voor zover bedoeld als beloning met terugwerkende kracht voor verrichte arbeid, de tijdvakken van zwangerschapsverlof niet tot de gewerkte tijdvakken worden gerekend, dit uitsluitend de vrouwelijke werknemer discrimineert. Voor de volledigheid is ook nog op de uitspraak in de zaak *Gillespie* (JAR 1996/97) te wijzen die eenzelfde benadering kent, maar ik laat dit arrest buiten beschouwing omdat de zwangerschapsrichtlijn nog niet van kracht was ten tijde van dit geschil.

In de literatuur naar aanleiding van het arrest van het Hof Amsterdam wordt gerefereerd aan alle voorgaande zaken, maar ook geconstateerd dat een tegenstrijdigheid lijkt te bestaan in de jurisprudentie van het HvJ wanneer de benadering in de zaak *McKenna* hiertegen wordt afgezet (S.D. Burri in *NtER* 2011, nr. 4, p. 143; W.L. Roozendaal in *ArbeidsRecht* 2011/26; M.S.A. Vegter, in *JAR Verklaard* 2010, afl. 4 en E. Cremers, noot bij *JAR* 2011/155). Dit geldt ook voor de uitspraken in de zaken *Gassmayr* (JAR 2010/200) en *Parviainen* (JAR 2010/201), waarin het HvJ (opnieuw) oordeelde dat uit de zwangerschapsrichtlijn volgt dat geen recht bestaat op volledig behoud van loon gedurende het verlof en dit ook niet het geval is wanneer een zwangere werknemster voorafgaand aan het verlof om veiligheids- en gezondheidsredenen wordt vrijgesteld van werk of vervangend werk doet. De werknemers in deze zaken behielden wel recht op hun vaste loonbestanddelen maar niet op de toeslagen die ter compensatie van de ongemakken van de specifieke werkzaamheden waren toegekend (beschikbaarheid- en inconveniententoeslag). Ondanks dat de Europese jurisprudentie, en dan met name de verhouding tussen de zwangerschapsrichtlijn en het recht op gelijke behandeling van (nu) artikel 157 VWEU en richtlijn 2006/54, onduidelijk is, kan het Amsterdamse hof en in navolging daarvan de CGB worden tegengeworpen dat alleen naar *McKenna* is gekeken, zonder de andersluidende arresten te benoemen of te onderbouwen waarom juist de *McKenna*-uitspraak richtinggevend is voor de beoordeling van een jaarlijks toe te kennen bonus.

Als ik een verschil of verklaring zou moeten zoeken voor *Lewen*, *Thibault* of *Alabaster* enerzijds en *McKenna*, *Gassmayr* en *Parviainen* anderzijds, en zou moeten aangeven welke benadering het meest passend lijkt als het een jaarbonus betreft, kom ik terug op de twee manieren waarmee de zaak valt in te steken: vormt het niet doorbetalen van een terug te rekenen gedeelte van de jaarlijkse bonus gedurende het zwangerschapsverlof en zwangerschapsgerelateerde ziekte discriminatie, of is de wijze van toekenning van een bonus aan het einde van het jaar discriminerend wanneer dit naar rato van gewerkte tijdvakken geschiedt waarbij zwangerschapsverlof of zwangerschapsgerelateerd ziekteverlof als niet gewerkte tijd geldt? Indien het recht op inkomen aan de orde is *gedurende* perioden dat de bedongen werkzaamheden niet worden verricht vanwege zwangerschap (dus tijdens verlof of voorafgaand daaraan gedurende zwangerschapsgerelateerde ziekte of gedurende het vanwege veiligheid en gezondheid verrichten van vervangende werkzaamheden of geen werkzaamheden), dan moet gerealiseerd worden dat het gaat om perioden waaraan doorgaans bijzondere inkomensvoorzieningen zijn verbonden. Of dan sprake is van ongelijke beloning wegens zwangerschap, lijkt het HvJ tot nu toe vooral te benaderen vanuit het oogpunt van het verzekeren van de (gezondheids)-bescherming van zwangere vrouwen. Het beschermingsniveau wordt daarbij gedicteerd door de zwangerschapsrichtlijn (uitgebreider hierover mijn bijdrage in *TAP* 2010, special nr. 3). Omdat de zwangerschapsrichtlijn voor wat betreft de beloning of uitkering tijdens zwangerschapsverlof, arbeidsverbod of vervangend werk geen recht op behoud van het volledige loon garandeert, volstaat het om gedurende deze perioden een inkomen te verschaffen op het niveau van wat een mannelijke werknemer verkrijgt die afwezig is wegens gezondheidsredenen. Of er gelijk behandeld wordt, wordt derhalve bekeken vanuit het doel van veiligheid en gezondheid, wat ook blijkt uit het voorbehoud dat het HvJ in deze gevallen maakt namelijk ‘tenzij het inkomen (bij een gelijke behandeling met man-

nelijke zieke werknemers, toevoeging AV) zo gering is dat het doel van de bescherming van zwangere werknemers daardoor op de helling komt te staan'. Staat daarentegen het verband tussen zwangerschap en de beloning ter discussie *buiten* de (bijzondere) perioden dat de bedongen werkzaamheden niet worden verricht vanwege zwangerschap, dan heeft het HvJ tot nu toe aangenomen dat een lagere beloning voor bedongen (en verrichte) arbeid door het missen van een promotie, salarisverhoging of kerstgratificatie alleen vanwege eerder genoten zwangerschapsverlof, een directe discriminatie vormt. Wat betekent dit voor de bonus in kwestie? Omdat deze jaarlijks wordt toegekend als een vorm van extra beloning, evenals bijvoorbeeld een dertiende maand of een eindejaarsuitkering, staat het mijns inziens los van de inkomensvoorziening die mede uit beschermingsdoel moet worden gedurende bijzondere perioden waarin bedongen werkzaamheden niet worden verricht vanwege zwangerschap. Wanneer naar de aard van de bonus als beloningselement wordt gekeken, zou te verdedigen zijn dat er meer gelijkheid bestaat met de kerstgratificatie uit *Lewen* dan met de door de werkgever aangeboden ziekteregeling die centraal stond in *McKenna*. De kerstgratificatie uit *Lewen* wordt aan het einde van het jaar toegekend. Ter discussie staat of het een beloning is voor toekomstige arbeid en/of om de verbondenheid met de onderneming te bevorderen of een beloning met terugwerkende kracht voor in het jaar van uitkering ervan verrichte arbeid. Het HvJ laat dit aan de nationale rechter om vast te stellen. Interessant is dat het HvJ de gratificatie in beide gevallen, en ook als deze vrijwillig wordt betaald, als loon in de zin van artikel 157 VWEU aanmerkt maar expliciet niet als vorm van 'bezoldiging' in de zin van artikel 11 punt 2 sub b van de zwangerschapsrichtlijn, 'aangezien de gratificatie zoals in het hoofdgeding niet bedoeld is om de vrouwelijke werknemer tijdens haar zwangerschapsverlof van een bepaalde inkomenshoogte te verzekeren' (r.o. 22-23). De zwangerschapsrichtlijn, en de beschermingsdoeleinden daarvan, zijn hiermee niet van toepassing. Daarmee valt, lijkt mij, ook de ratio weg om de toekenning van de bonus slechts te bekijken voor zover een gedeelte daarvan niet zou worden doorbetaald gedurende zwangerschapsverlof. Over het verlagen van de kerstgratificatie, als het een beloning met terugwerkende kracht vormt, met de tijdvakken van zwangerschapsverlof, is het HvJ zonder meer duidelijk. Deze tijdvakken van zwangerschapsverlof moeten op één lijn worden gesteld met gewerkte tijdvakken (r.o. 41), omdat dit alleen de vrouwelijke werknemer raakt en, ware zij niet zwanger geweest, die tijdvakken als gewerkte tijdvakken hadden moeten worden meegeteld (r.o. 42). De bonus, zoals in de oordelen aan de orde, heeft hetzelfde karakter als de gratificatie in die zin dat het de in het bonusjaar verrichte arbeid terugwerkend wil belonen. De kerstgratificatie vormt hierbij een door de werkgever discretionair vastgesteld bedrag, de bonus is van enkele parameters afhankelijk die de mate van het goed functioneren van het bedrijf, de groep en het individu in het afgelopen jaar meewegen. Dit verschil lijkt echter niet van belang omdat beide na hun vaststelling worden verlaagd naar rato van gewerkte tijdvakken.

Samengevat, zou *Lewen* dan ook een uitspraak zijn waaraan de CGB, zou men zich opnieuw over een vergelijkbare jaarbonus moeten buigen, in een volgend oordeel niet voorbij kan gaan zonder tenminste een uitleg waarom dit arrest terzijde moet worden geschoven ten gunste van *McKenna*. Een andere vraag is of *Lewen*, dat over zwangerschapsverlof gaat - en overigens ook over ouderschapsverlof (indirecte seksediscriminatie) - ook doorgetrokken moet worden naar de tijdvakken van zwangerschapsgerelateerd ziekteverlof. Wanneer men het HvJ volgt in zijn redenering dat deze tijdvakken van ziekte eveneens seksespecifiek zijn (*McKenna*) en de zwangerschapsrichtlijn niet van toepassing is op beloningselementen zoals gratificaties (*Lewen*), lijkt het antwoord bevestigend te moeten zijn.