

De artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van richtlijn nr. 72/207 van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien aan de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, moeten aldus worden uitgelegd dat een Lid-Staat de moeder, na afloop van het zwangerschapsverlof, een moederschapsverlof in uitzicht kan stellen, waarvan de Staat de toekenning door een uitkering begunstigt. De richtlijn verplicht de Lid-Staten niet zulk een verlof aan de vader toe te staan, ook niet wanneer beide ouders zich daarvoor uitspreken.

	Mackenzie Stuart	Koopmans	Bahlmann	
Galmot	Pescatore	O'Keeffe		Bosco
Due	Everling	Kakouris		Joliet

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 juli 1984.

De griffier
voor deze

H. A. Rühl

Hoofdadministrateur

De president

A. J. Mackenzie Stuart

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL M. DARMON
VAN 27 JUNI 1984 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

1. Het Landessozialgericht Hamburg stelt u twee vragen inzake de uitlegging van 's Raads richtlijn nr. 76/207 „betref-

fende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.”

1 — Vertaald uit het Frans.

Wij menen dat deze prejudiciële zaak u aanleiding zal moeten geven het toepassingsgebied van het beginsel ener gelijke behandeling, zoals het in artikel 2, lid 1, van de richtlijn is omschreven, en dat van de in artikel 2, lid 3, besloten liggende, ter bescherming van de vrouw vastgestelde uitzonderingsbepaling, van elkaar af te bakenen.

Tot goed begrip van de uitleggingsvragen van de Duitse rechter, dient een kort overzicht te worden gegeven van het processueel kader waarin het voor de nationale rechter gevoerde geding zijn oorsprong vond.

2. Het blijkt in deze zaak te gaan om de bepalingen van het Mutterschutzgesetz, waarbij — uitsluitend — de moeder na de geboorte van het kind successievelijk in het genot wordt gesteld van twee soorten verlof:

- de eerste verlofperiode (Schutzfrist) draagt een obligatoir karakter; deze periode omvat de acht weken na de bevalling (artikel 6, lid 1, der wet);
- de andere periode (Mutterschaftsurlaub) werd bij de wet van 25 juni 1979 ingevoerd; zij draagt een facultatief karakter en stelt de moeder, na de Schutzfrist, van haar beroepswerkzaamheden vrij tot op de dag waarop het kind de leeftijd van 6 maanden bereikt (artikel 8a, ter bescherming van de moeder in de wet opgenomen); in deze onzes inziens als „aanvullend” aan te merken verlofperiode ontvangt de moeder een haar door de staat uitgekeerd Mutterschaftsgeld tot een maximum van 25 DM per dag (artikel 13, lid 1 en lid 3, der wet).

Aan de onderhavige zaak ligt het feit ten grondslag dat dit voordeel, met uitsluiting van de vaders, aan de moeders werd voorbehouden.

3. Na de geboorte van hun eerste kind waren U. Hofmann en zijn levensgezellin overeengekomen dat de vader zich na het zwangerschapsverlof aan het kind zou wijden, opdat de moeder haar beroepswerkzaamheden als onderwijzeres ten spoedigste zou kunnen hervatten, waardoor haar een werkonderbreking werd bespaard die haar, als beginnende leerkracht, wellicht geen goed zou doen.

Met goedvinden van zijn eigen werkgever, nam Hofmann een verlofperiode op, overeenkomend met het aanvullend verlof, terwijl hij achteraf om toekenning van Mutterschaftsgeld verzocht.

Toen de Barmer Ersatzkasse daarop afwijzend beschikte en vervolgens door het Sozialgericht Hamburg in het gelijk werd gesteld, ging Hofmann in hoger beroep bij het Landessozialgericht Hamburg, dat ons twee prejudiciële vragen heeft voorgelegd, die op het navolgende neerkomen:

- Is een aanvullend moederschapsverlof dat uitsluitend wordt toegekend aan moeders die een bezoldigde werkzaamheid verrichten en, wanneer beide ouders het daarover eens zijn, niet ook — alternatief — aan één van beide ouders in uitzicht wordt gesteld, in strijd met de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207?
- Zo ja, werken voornoemde bepalingen rechtstreeks in de Lid-Staten?

Wij zullen deze beide vragen nu achtereenvolgens bespreken.

4. In verband met het op de eerste vraag te geven antwoord, menen wij allereerst te moeten herinneren aan de grenzen die uw Hof zich, bij de uitoefening van zijn prejudiciële bevoegdheden, heeft gesteld.

Volgens uw eigen vaste jurisprudentie hebt u zich, in het kader van artikel 177,

niet uit te spreken over de verenigbaarheid van nationale rechtsregels met het gemeenschapsrecht¹. In casu geldt dit te meer, immers bij uw Hof is een beroep wegens stilzitten aanhangig gemaakt, waarvan met name de betrokken bepalingen de inzet vormen.

Maar ook in zulk een geval hebt u er steeds naar gestreefd om, op grondslag van de gegevens welke met betrekking tot de feiten en het rechtspunt aan de verwijzingsbeschikking kunnen worden ontleend, een antwoord te geven waarmee de nationale rechter gebaat is². Bij die gegevens komen die welke door partijen in het hoofdgeding, de Lid-Staten en de Commissie in hun schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting zijn verstrekt; nemen wij al die gegevens in aanmerking, dan doen wij, overeenkomstig de bedoeling van een prejudicieel uitleggingsverzoek, alle uitleggingsmoeilikheden recht wedervaren waarvoor de nationale rechter bij toepassing van het gemeenschapsrecht kan komen te staan³.

Houdt men dit voor ogen, dan schijnen de bepalingen welke, ter beantwoording van de gestelde vragen, uitlegging behoeven, enerzijds de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, te zijn, anderzijds artikel 2, lid 3; in artikel 1 wordt alleen maar de bedoeling der richtlijn gereleveerd; bijzondere verplichtingen worden daarin aan de Lid-Staten niet opgelegd.

De prejudiciële vraag zou in dit stadium als volgt kunnen worden geformuleerd:

— staat artikel 2, lid 1, volgens hetwelk het beginsel van gelijke behandeling

1 — Vgl. het arrest gewezen in de zaak 141-143/81, *Hofdijk*, *Jurispr.* 1982, blz. 1299, r.o. 8.

2 — Arrest, op 10. 3. 1983 gewezen in zaak 172/82, *Syndicat national*, *Jurispr.* 1983, blz. 555, r.o. 8.

3 — Arrest, gewezen in de zaak-Rheinhöhlen, 166/73, *Jurispr.* 1974, blz. 33, r.o. 2.

„inhoudt dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie”, in de weg aan de toekenning — door een Lid-Staat — van een moederschapsverlof, ter aanvulling van het verplichte zwangerschapsverlof, wanneer uitsluitend werkende moeders ervoor in aanmerking worden gebracht,

— dan wel valt zulk een verlof onder de „bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft”,

waaraan de richtlijn, volgens artikel 2, lid 3, geen afbreuk doet?

Ter beantwoording van de vraag of het een dan wel het ander het geval is, dient niet slechts op de ingeroepen voorschriften acht te worden geslagen, maar ook op de bij u ingediende opmerkingen, waaruit immers blijkt van de concrete moeilijkheden waartoe de toepassing van het gemeenschapsrecht leidt. Wij achten het van wezenlijke betekenis ze in aanmerking te nemen, omdat alleen dan de prejudiciële uitlegging op de praktijk van het gemeenschapsrecht wordt toegesneden.

5. Hofmann en de Commissie menen dat het aanvullend verlof aan vaders in uitzicht behoort te worden gesteld. Hun redenering berust op een restrictieve uitlegging van artikel 2, lid 3, voor zover daarin een uitzondering wordt gemaakt op het beginsel dat voor de beroepsuitoefening discriminatie naar geslacht verbiedt. In de lijn van die bepaling dient een verschillende behandeling volgens de Commissie niet slechts op een objectieve oorzaak te berusten, maar moet dat ver-

schil bovendien, ter verzekering van de beoogde bescherming, noodzakelijk zijn. En aan die tweeledige voorwaarde zou de Duitse wettelijke regeling niet voldoen.

In de eerste plaats zou het exclusieve recht van de moeders niet op een de situatie van de vrouw specifiek kenmerkend objectief gegeven — zoals haar gezondheidstoestand na een bevalling — berusten.

In dit verband wordt met name op de facultatieve aard van dit verlof gewezen, en op het feit dat het bij overlijden van het kind afloopt; voorts wordt gereleveerd dat moeders die niet kunnen aantonen dat zij gedurende negen van de twaalf maanden vóór de bevalling krachtens arbeidsovereenkomst hebben gewerkt, van het verlof zijn uitgesloten. Ter terechtzitting is ook opgemerkt dat mogelijke wijzigingen van de gezondheidstoestand van de moeder ertoe kunnen leiden dat de desbetreffende, ten minste vier weken voor het einde van het verplichte verlof in te dienen aanvraag, kan blijken te vroeg te zijn gedaan. Uit een en ander zou blijken dat de gezondheid van de moeder bij de toekenning van dit verlof niet de doorslag geeft; in werkelijkheid zou men de moeder in staat willen stellen haar baby te verzorgen. De praktijk zou een bevestiging van deze analyse inhouden: ondanks het aanvullend verlof zou het percentage van de moeders die hun beroepswerkzaamheden staken, geen wijziging hebben ondergaan.

In de tweede plaats betogen de Commissie en Hofmann dat men, ter bescherming van de moeder, haar niet het uitsluitend recht op dit verlof behoeft in te

ruimen: door de vader niet slechts in staat te stellen het kind te verzorgen, maar het hem ook mogelijk te maken zich met het huishouden te belasten, zou de moeder eveneens worden bevrijd van de lasten die haar gezondheid kunnen schaden. In de lijn van het beginsel dat, wat de arbeidsvoorwaarden betreft, een gelijke behandeling der geslachten verlangt (artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1) zou het verlof derhalve ook aan de vader in uitzicht moeten worden gesteld.

Meer in het algemeen hebben de Commissie en Hofmann betoogd dat de hierbedoelde bepaling niet slechts ten nadele van de vader discrimineert, doch ook — en vooral — ten nadele van toekomstige moeders, omdat de werknemers, ter voorkoming van absenteïsme als gevolg van het recht op aanvullend verlof, zouden aarzelen vrouwen tewerk te stellen.

6. Tegenover dit betoog stellen de Eratzkasse en — vooral ook — de Duitse regering op wezenlijke punten een finalistische, de gezondheid van de moeder centraal stellende, uitlegging van de Duitse wettelijke regeling, die huns inziens de nodige coherentie vertoont en — eo ipso — onder de uitzonderingsbepaling van artikel 2, lid 3, kan worden gebracht.

7. Dit zijn, kort samengevat, de standpunten door partijen met betrekking tot de eerste vraag ingenomen. Uit die standpunten blijkt van de uitleggingsmoeilijkheden welke bij toepassing van artikel 2, lid 3, rijzen. Moge de gestelde vraag — is het met richtlijn nr. 76/207 verenigbaar een vader niet voor moederschapsverlof in aanmerking te brengen? — zoals zij is geformuleerd enige be-

vreemding wekken, zij verwijst in feite naar een eis van deze tijd, die in de opmerkingen van Hofmann en de Commissie doorklinkt en in sommige Lid-Statens een recht is geworden: de aanspraak op gelijkheid van de ouders ten opzichte van het kind.

Er rijst dan evenwel een preliminaire vraag: valt zulk een recht onder richtlijn nr. 76/207?

Voordat de nationale rechter een oplossing aan de hand wordt gedaan, moet die vraag worden beantwoord, omdat die beantwoording een omschrijving van de huidige stand van het gemeenschapsrecht — te dezen — mogelijk maakt.

8. In de derde overweging van de considerans van richtlijn nr. 76/207 is sprake van de noodzaak „de onderlinge aanpassing op de weg van de vooruitgang van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers” te bevorderen, in de lijn van hetgeen de Lid-Statens in artikel 117 van het Verdrag zijn overeengekomen.

De richtlijn geeft aan dit programma uitvoering door, in andere sectoren dan de beloning die in artikel 119 EEG-Verdrag en in richtlijn nr. 75/117¹ reeds werd geregeld en de sociale zekerheid die onder richtlijn nr. 79/7² valt, voor verdere doorvoering van het beginsel ener gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers te zorgen. De richtlijn behoort derhalve tot de beleidsmiddelen waarmee de verbodiging — door de Lid-Staat — moet worden afgedwongen van de professionele gelijkheid van mannelijke en vrouwelijke werknemers, zowel bij aanwerving als in de uitoefening van hun beroep, en voorts wat de beroepsopleiding, de arbeidsvoorwaarden, de beloning, het ontslag en de sociale uitkeringen betreft.

In deze legislatieve „verworvenheid” worden de contouren zichtbaar van het recht dat het ene geslacht erop heeft om, wat de uitoefening van zijn beroep betreft, op dezelfde wijze te worden behandeld als de nationale wetgever aan het andere geslacht in uitzicht stelt. Toepassing van dit grondbeginsel³ betekent enerzijds dat alleen de aan het ene geslacht voorbehouden rechten door de werknemers van het andere geslacht kunnen worden ingeroepen; het impliceert anderzijds dat alleen de met de beroepsuitoefening samenhangende rechten onder de richtlijn vallen, en niet de rechten die bijvoorbeeld met de hoedanigheid van gezinshoofd samenvallen, wanneer hun uitoefening van de beroepsuitoefening onafhankelijk is.

Houdt men deze begrenzing voor ogen, dan blijkt richtlijn nr. 76/207 ten duidelijkste niet van toepassing op de toekenning van een verlof dat, naar keuze, aan de ene dan wel aan de andere ouder ten goede kan komen. Voorshands is het — uitsluitend — een zaak van de Lid-Statens een keuze te doen die een betere verdeling van de verantwoordelijkheden binnen het huwelijk mogelijk maakt, hetgeen de te dezen bestaande dispariteiten der nationale wettelijke regelingen verklaart.

Omdat richtlijn nr. 76/207 niet het beste middel is om die dispariteiten te doen verdwijnen, heeft de Commissie gemeend in een bij de Raad ingediende ontwerp-richtlijn een voor beide geslachten geldend begrip „ouderschapsverlof” te moeten uitwerken⁴. Met andere woorden, naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht treedt men buiten het door de communautaire wetgever vastgestelde kader wanneer men uitgaat van hetgeen nog niet werd ingesteld. Bij de uitlegging van richtlijn nr. 76/207 is er derhalve

1 — PB L 45 van 1975, blz. 19.

2 — PB L 6 van 1979, blz. 24.

3 — Arrest in de zaak 149/77, Defrenne, Jurispr. 1978, blz. 1365, r.o. 25-29.

4 — PB C 333 van 1983, blz. 6.

voor een aan zulk een ouderschapsverlof ontleende argumentatie geen plaats.

Wordt aan het vrouwelijk geslacht ter zake van de beroepsuitoefening een voordeel als het aanvullend moederschapsverlof ingeruimd, dan is het alternatief het volgende:

- ofwel men heeft te doen met een bepaling „betreffende de bescherming van de vrouw” (artikel 2, lid 3), maar zonder dat de noodzaak daarvan — in verband met een buiten het debat staande ouderlijke gelijkheid — behoeft te worden beoordeeld;
- ofwel het is een verlof ter bescherming van het kind, en dan wordt er, door het alleen aan vrouwelijke werknemers toe te kennen, wat de arbeidsvoorwaarden betreft, gediscrimineerd ten nadele van mannelijke werknemers (artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1); in dat geval is de Lid-Staat gehouden aan de discriminatie een einde te maken, maar behoudt hij de keus van de middelen om dat resultaat te bereiken. De Lid-Staat zou de discriminatie kunnen beëindigen door het toegekende voordeel in te trekken ofwel, hetgeen praktischer lijkt, er gelijkwaardige maatregelen voor in de plaats kunnen stellen (vergoeding van „oppas”, kosteloos crèchebezoek), terwijl hij ook de vader in staat zou kunnen stellen zich met het kind bezig te houden; zo is het in bepaalde Lid-Staten geregeld.

9. Zoekend naar de bedoeling van richtlijn nr. 76/207 konden wij de met het probleem verband houdende gegevens achterhalen; bestudering van de structuur dier gegevens zal ons het nodige houvast bieden ter beoordeling van de draagwijdte van de in artikel 2, lid 2-4, voorziene „uitzonderingen”.

Werd de bedoeling der richtlijn in artikel 1 omschreven, artikel 2, lid 1, vermeldt het beginsel waarop de richtlijn berust; de artikelen 3-5 bepalen voor de onderscheiden gebieden die door de richtlijn worden bestreken, de inhoud van de — tot het bereiken van een bepaald resultaat strekkende — verplichting der Lid-Staten; tenslotte worden in de artikelen 6-10 de waarborgen opgesomd waarmee de naleving van het beginsel moet worden afgedwongen.

Binnen dit systeem blijken de in artikel 2, lid 2-4, besloten liggende uitzonderingsbepalingen, het toepassingsgebied van het in artikel 2, lid 1, opgestelde beginsel precies af te bakenen. Reeds deze legislatieve techniek wijst op het belang dat de wetgever van de Gemeenschap aan deze voorbehouden — heeft gehecht; dit zal bij analyse nader blijken.

Het voorbehoud van artikel 2, lid 4, staat op zichzelf. In die bepaling wordt de deur geopend voor nationale maatregelen „die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen”; hier wordt slechts schijnbaar een uitzondering op het beginsel gemaakt: als het erom gaat bestaande feitelijke discriminaties op te heffen, is het om herstel en niet om afwijking van de gelijkheid begonnen. Met andere woorden, wordt de op te heffen feitelijke ongelijkheid geconstateerd, dan dient deze uitzonderingsbepaling ruim te worden uitgelegd.

De uitzondering van lid 2 is van vergaande strekking: de Lid-Staten mogen van de toepassing van de richtlijn „beroepsactiviteiten uit . . . sluiten . . . , waarvoor vanwege hun aard of voorwaarden voor de uitoefening daarvan, het geslacht een bepalende factor is.” In artikel 9, lid 2, wordt aan de Lid-Staten slechts opgedragen op gezette tijden de beroepsacti-

viteiten, waarvoor het beginsel geen toepassing heeft gevonden, te onderzoeken „om na te gaan of het, gezien de sociale ontwikkeling, gerechtvaardigd is de desbetreffende uitzonderingen te handhaven.” Uit beide bepalingen spreekt het omzichtig beleid van de communautaire wetgever, die niet op de ontwikkeling der zedelijke opvattingen heeft willen vooruitlopen, ook niet wanneer het om een behandeling gaat die ontegenzeggelijk als discriminerend is te beschouwen. Deze omzichtigheid is ongetwijfeld niet vreemd aan de oplossing waarvoor u zich hebt uitgesproken in zaak 165/82, Commissie t. Verenigd Koninkrijk¹ — waarin het ging om beperkingen, tegenwerpen aan mannen die tot de uitoefening van het beroep — en de opleiding tot — verloskundige wensten te worden toegelaten.

Het beleid van de wetgever getuigt van realisme en wijsheid: het herinnert ons eraan dat de richtlijn niet bedoeld is om rechten te creëren waar ze nog niet bestaan, maar ten aanzien van de beroepsuitoefening voor gelijkheid wil zorgen zo dikwijls als de ontwikkeling der zedelijke opvattingen het gedooft. Deze vaststellingen gelden ook voor — de uitlegging van — artikel 2, lid 3.

10. Volgens laatstgenoemde bepaling zijn de Lid-Staten bevoegd „bepalingen betreffende de *bescherming* van de *vrouw*, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft”, te handhaven of vast te stellen.

Wij hebben expres de aandacht gevestigd op de omvang van deze uitzonderingsbepaling: haar materieel en personeel toepassingsgebied blijkt ruim genoeg om een uitlegging te rechtvaardigen volgens criteria welke de hiervoor geschetste bedoeling van de communautaire wetgever recht doen wedervaren.

In de eerste plaats wordt in artikel 2, lid 3, aangenomen dat de aan de vrouw

voorbehouden gedifferentieerde behandeling niet discriminerend is, en dit is niet het geval zo dikwijls als het op bescherming van de vrouw gebaseerde verschil in behandeling zijn rechtvaardiging kan vinden in een objectief verschil tussen de posities van werknemers en werknemers. Die objectieve oorzaak houdt verband met de „biologische specificiteit” van de vrouw, waarop door de uitdrukkelijke vermelding van zwangerschap enerzijds, moederschap anderzijds ondubbelzinnig wordt gewezen.

In de tweede plaats moet dit ter zake van haar beroepsuitoefening aan de vrouw ingeruimd voordeel zijn toegekend om haar bescherming te bieden: niemand piekert erover te ontkennen dat het verlof dat haar tijdens haar zwangerschap dan wel terstond na haar bevalling wordt toegekend, als een door artikel 2, lid 3, gedekte uitzondering is te beschouwen.

Dient men, zoals de Commissie suggereert, niet slechts deze beide maatstaven aan te leggen, doch bovendien te verlangen dat deze gedifferentieerde belangen voor de bescherming van de vrouw *noodzakelijk* is? Het antwoord moet ontkennend luiden: strekking noch opzet noch bedoeling van de richtlijn lijken ons een zo restrictieve uitlegging van de uitzonderingsbepaling te rechtvaardigen.

Het is voldoende wanneer men het de nationale maatregel waarin aan de vrouw in verband met de uitoefening van haar beroep een voordeel in uitzicht wordt gesteld, heeft beoogd haar om een objectieve reden bescherming te bieden. De relatie tussen die bedoeling (bescherming) en die objectieve reden (bijvoorbeeld: zwangerschap, moederschap) rechtvaardigt de differentiërende maatregel, niet de afwezigheid van alternatieve oplossingen.

Het stellen van een aanvullende voorwaarde, zoals door de Commissie bepleit, verplicht de Lid-Staten de voor de bescherming van de vrouw meest passende maatregel te kiezen, terwijl het

¹ — Arrest, gewezen op 8. 11. 1983, r.o. 17-20, Jurispr. 1983, blz. 3431.

uitsluitend op de weg van de Lid-Staat ligt om, wanneer een differentiërende behandeling gerechtvaardigd is, zijn keus op de daartoe geëigende maatregelen te bepalen. Zoals hiervoor werd betoogd, verplicht de richtlijn de Lid-Staten geenszins nieuwe rechten te creëren. Zij verlangt slechts gelijkheid waar werd gediscrimineerd. Maar in de redenering van de Commissie wordt een recht dat een Lid-Staat wellicht in het geheel niet wil aanvaarden of invoeren, als verworven („acquis”) beschouwd.

Dit blijkt overtuigend wanneer men het argument volgens hetwelk een aanvullend verlof ter bescherming van de moeder niet onontbeerlijk is, omdat de vader voor de moeder in de plaats zou kunnen treden, nader beziet. Dit argument houdt in dat men de nationale maatregel een maatstaf — gelijkheid der ouders — aanlegt waarmee bij de toepassing van richtlijn nr. 76/207 in het geheel niet kan worden gewerkt.

11. Ter beoordeling of het uitsluitend aan werkneemsters toegekende aanvullende verlof zich met het beginsel van de richtlijn verdraagt, dient derhalve te worden nagegaan of het facultatief verlof op een met het geslacht der begunstigden samenhangende objectieve reden berust, en of toekenning ervan als een maatregel ter bescherming van de vrouw is te beschouwen.

Blijkens de — schriftelijke en mondelinge — opmerkingen betwist niemand dat de gezondheid van de vrouw na afloop van het verplicht verlof bijzondere bescherming behoeft: dat er in zoverre sprake is van biologische en psychologische omstandigheden die ook nadien haar gezondheidstoestand kunnen beïnvloeden, wordt al evenmin betwist als het statistisch gegeven dat bijna de helft van de hier bedoelde vrouwen ontslag neemt.

Deze objectieve redenen maken begrijpelijk dat men, ter bescherming van de moeder, zijn keus op vrijstelling van beroepswerkzaamheden heeft bepaald: voormelde statistieken leren dat de moeders, als het verlof van acht weken verstreken is, overbelast zijn, omdat, naast huishouding en werk, de baby, althans gedurende de eerste maanden, haar inzet verlangt. Deze drievoudige last weegt te meer omdat de gezondheid van de moeder in de regel nog niet optimaal is, hetgeen verklaart dat zovelen ontslag nemen. Juist door vrijstelling van beroepswerkzaamheden ook nadat het verplichte verlof verstreken is, moeten de moeders tijdelijk van een van hun drie taken worden ontheven en met de zekerheid dat zij hun betrekking behouden, beter in staat worden gesteld op verhaal te komen.

De nationale maatregel berust dus niet slechts op de in objectieve zin verschillende situatie die de moeders, met iedere mannelijke werknemer vergeleken, innemen; de maatregel is ook bedoeld hun gezondheid in dier voege te beschermen dat zij niet terstond hun werk hebben te hervatten. Om deze twee redenen achten wij het aanvullend „moederschapsverlof” door de uitzondering van artikel 2, lid 3, gedekt. De hiertegen door de Commissie en verzoeker in het hoofdgeding ingebrachte argumenten vermochten ons niet overtuigen.

12. Bezien wij nader verschillende stellingen, door hen verdedigd ten betoge dat het hierbedoelde aanvullende verlof

als met de richtlijn onverenigbaar is te beschouwen.

Dat het aanvullend verlot, anders dan het postnatale verlot, een facultatief karakter draagt, is met de bedoeling de gezondheid van de moeder te beschermen, niet in strijd. Het aanvullend verlot blijkt een door medisch-sociale overwegingen ingegeven *preventieve maatregel* te zijn. Bedoelde overwegingen verklaren de algemene, onpersoonlijke aard van dit recht, waarvoor vrouwen in aanmerking komen wanneer zij zijn bevallen en een bezoldigde werkzaamheid verrichten, terwijl er geen ziekenbriefje behoeft te worden overgelegd.

Dit oogmerk van generale preventie en de wens de continuïteit op de plaats van tewerkstelling te bevorderen, verklaren ook dat het verlot ongeveer vier weken vóór afloop van het verplichte verlot moet worden aangevraagd: aan toekenning ervan ligt het vermoeden ten grondslag dat de gezondheid der moeders moet worden ontzien; haar tegenwoordige of toekomstige gezondheidstoestand is op die toekenning niet van invloed. Voorts is dit vermoeden voor de begunstigen niet bindend wanneer zij, bijvoorbeeld bij werkloosheid van de vader, hun werk wensen te hervatten, waartoe dan, naar de Bondsrepubliek Duitsland betoogt, vooral de wens zich financiële offers te besparen, aanleiding zou geven.

Dat het aanvullend verlot eindigt wanneer het kind overlijdt, is een gevolg van de bedoeling waarmede het is toegekend: als de aan de verzorging van het kind verbonden „last” eindigt, behoeft de moeder om met haar gezondheidstoestand samenhangende redenen niet meer op dezelfde wijze als tevoren van haar beroepswerkzaamheden te worden vrij-

gesteld. Trouwens, deze abrupte logica wordt in dier voege verzacht dat het verlot niet aanstonds eindigt. Dezelfde logica speelt waar aan pleegmoeders en adoptie moeders toegekende recht niet wordt ingeruimd. In de lijn hiervan ligt ook dat het recht op dit verlot, ook bij overlijden van de moeder niet op de vader kan worden overgedragen. Hoe men ook over de voor zulke situaties gekozen oplossingen moge denken, het verband met de bedoeling van het verlot is duidelijk.

De Commissie en Hofmann brachten ook een wetswijziging ter sprake, die weliswaar van later datum is dan het geding voor de nationale rechter, maar nochtans onze aandacht vraagt wanneer wij iedere twijfel inzake de uitlegging van de uitzonderingsbepaling van artikel 2, lid 3, willen wegnemen. Alleen moeders die van de twaalf maanden vóór de bevalling negen maanden beroepswerkzaamheden hebben verricht, hebben recht op dit verlot, met dien verstande evenwel dat er ook aanspraak op kan worden gemaakt wanneer betrokkene recht op werkloosheids- of bijstandsuitkeringen had, waarmede enerzijds de kring der gerechtigden aanmerkelijk wordt uitgebreid en anderzijds misbruik wordt voorkomen. Dezelfde voorwaarden moeten ook zijn vervuld om voor het verplichte verlot in aanmerking te komen; men heeft alleen maar de pas willen afsnijden aan moeders die niet blijken gedurende een minimumperiode als werknemster werkzaam te zijn geweest of in een met werknemerschap gelijk gestelde positie te hebben verkeer.

Tenslotte is betoogd dat de wet in tweërlei opzicht aan haar doel voorbij zou schieten: blijkens de statistieken van de Duitse regering zou meer dan de helft van de vrouwen bij afloop van het aanvullend verlot ontslag nemen. Anderzijds zou de wet de werkgevers van het in

dienst nemen van vrouwen afhouden, ter voorkoming van — met het aanvullend verlof verband houdend — absentisme.

Dit betoog overtuigt ons niet. Ofschoon het percentage werkneemsters dat bij afloop van het aanvullend verlof ontslag neemt, constant is gebleven, spreken de cijfers voor ons toch een andere taal: men kan er niet uit afleiden dat het „gezondheidsrisico” niet de doorslag heeft gegeven toen de moeders het aanvullend verlof opnamen. Het mag er juist voor worden gehouden dat het aanvullend verlof de vrouwen, met lichamelijk en psychisch herstel, ook de mogelijk heeft geboden om, bij afloop ervan, met grotere vrijheid hun keus op werkhervatting of ontslag te bepalen.

Het „boemerang”-effect van het aanvullend verlof op de indienstneming van vrouwen is alleen maar een — onbewezen — mogelijkheid. Voorts zij opgemerkt dat moeders zonder de mogelijkheid van dit verlof, dat uit de openbare middelen betaald wordt, alleen maar ziekteverlof zouden kunnen aanvragen, en bij ziekteverlof heeft der werkgever zelf hun salaris te betalen, zonder van hun werk profijt te kunnen trekken. Ook kan dit verlof, naar door de Bondsrepubliek Duitsland werd betoogd, worden gebruikt om feitelijke ongelijkheden als gevolg van de — consequenties der — bevalling weg te nemen, in die zin dat betrokkenen bij werkhervatting hun kansen behoeden. In zoverre is dit verlof te rekenen tot de in artikel 2, lid 4, van de richtlijn bedoelde maatregelen.

Men moet zich derhalve afvragen of de wetgever van de Gemeenschap de uit-

zondering van artikel 2, lid 3, niet als een mooie illustratie van de algemene uitzondering van artikel 2, lid 4, heeft bedoeld. Wij geloven dat dit het geval is en vinden daarin een bevestiging van ons standpunt dat deze uitzondering niet restrictief mag worden geïnterpreteerd.

De eerste vraag van de Duitse rechter dient derhalve onzes inziens in die zin te worden beantwoord dat het aanvullend verlof, bedoeld ter bescherming van de moeder in die zin dat de laatste gevolgen van de bevalling voor de gezondheid van de moeder worden opgevangen, de vrouw beschermt in voege als in artikel 2, lid 3, van richtlijn nr. 76/207 bedoeld en derhalve geen schending van de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, inhoudt.

13. Als u dit met mij eens bent, behoeft de tweede vraag niet meer door u te worden beantwoord. Nochtans willen wij subsidiair stilstaan bij de vraag naar de rechtstreekse werking van de artikelen 1, 2 en 5, lid 1 van richtlijn nr. 76/207.

Uw jurisprudentie betreffende de werking van richtlijnen ten aanzien van particulieren is overbekend. Al blijft die werking in beginsel tot de adressaten, i.e. de Lid-Staten¹, beperkt, toch hebt u aan particulieren een „minimumgarantie”² ingeruimd: „onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige” bepalingen van een richtlijn kunnen zij „tegen elke

1 — Arrest in de zaak 8/81, Becker, Jurispr. 1982, blz. 53, r.o. 17-19.

2 — Arrest in de zaak 102/79, Commissie t. België, Jurispr. 1980, blz. 1473, r.o. 12.

[daarmede] strijdige nationale ... bepaling" inroepen¹.

Toetsen wij thans richtlijn nr. 76/207 aan deze in uw jurisprudentie gestelde voorwaarden.

Zou er, anders dan wij menen, door toekenning van een aanvullend moederschapsverlof aan de moeder (alleen) uws inziens worden gediscrimineerd op een wijze die zich met de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van de richtlijn niet verdraagt, dan is het vervolgens de vraag of de in de richtlijn opgelegde „resultaatverplichting” voldoet aan de voorwaarden die moeten zijn vervuld, wil een particulier haar voor de nationale rechter inroepen. Bezien wij achtereenvolgens de bepalingen van de richtlijn die de verwijzende rechter door ons wenste te zien uitgelegd.

Artikel 1 is, zoals gezegd, een inleidende bepaling; het omschrijft de bedoeling der richtlijn en legt aan de Lid-Staten geen materiële verplichtingen op. Het kan dus door particulieren voor de nationale rechter niet worden ingeroepen.

De artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, hangen met elkander samen: in artikel 2, lid 1, wordt de algemene „resultaatverplichting” omschreven die in artikel 5, lid 1, voor één der door de richtlijn bestreken gebieden wordt uitgewerkt:

„de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht.”

De aldus omschreven verplichting is duidelijk en ondubbelzinnig. Of zij ook als onvoorwaardelijk moet worden aange-merkt, zou men op grond van enige bepalingen van de richtlijn kunnen betwijfelen.

In de eerste plaats zou men kunnen zeggen dat het non-discriminatiebeginsel geldt behoudens de in artikel 2 van de richtlijn bedoelde uitzonderingen. Maar als de uitzondering, naar wij voor het ogenblik veronderstellen, toepassing mist, hebben wij nog slechts te maken met de verplichting van artikel 2, lid 1, zoals die in artikel 5, lid 1, voor de arbeidsvoorwaarden nader is uitgewerkt.

In de tweede plaats kan worden gereleveerd dat het de Lid-Staten zijn die, in het kader van artikel 5, de „nodige maatregelen” hebben te nemen om het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden tot toepassing te doen komen. Maar op deze moeilijkheid stuit men bij iedere richtlijn: zoals in artikel 189 EEG-Verdrag te lezen staat, hebben de Lid-Staten de middelen te kiezen om het resultaat te bereiken dat door de — hen bindende — richtlijn wordt verlangd. Maar het door richtlijn nr. 76/207 gewilde resultaat is voor en na de gelijkheid van behandeling: weliswaar is de staat vrij om, ter bereiking van dat doel, de middelen te kiezen, maar dit geldt onverminderd de non-discriminatieverplichting, die de staat geen speelruimte laat.

Op grond van een en ander acht ik de voorwaarden waaronder de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, door particulieren voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen, in casu vervuld.

Dit resultaat is niet verwonderlijk; in artikel 6 van de richtlijn is voorzien dat „een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien

¹ — Voormeld arrest 8/81, r.o. 20-25; laatstelijk het arrest, op. 26. 1. 1984 gewezen in de zaak-SA Clin-Midy, Jurispr. 1984, blz. 251, r.o. 4.

van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de artikelen 3, 4 en 5¹ „zijn rechten voor het gerecht” moet kunnen „doen gelden”. Uw Hof heeft onlangs uitgesproken dat deze garantie de erkenning inhoudt dat de gelaedeerde „rechten heeft die hij voor het gerecht geldend kan maken”¹.

Met de Commissie wil ik er evenwel op wijzen dat betrokkenen hiermede niet de zekerheid wordt geboden dat het aan het

andere geslacht toegekende voordeel ook voor hen heeft te gelden: nogmaals, de richtlijn is er alleen om de gelijkheid van behandeling te bevorderen, maar verplicht de staat niet nieuwe rechten in het leven te roepen. Men moge het betreuren, maar een gelijke behandeling kan door particulieren aan de Lid-Staat alleen in dier voege worden afgedwongen dat de staat aan discriminatie een einde heeft te maken, met dien verstande dat de staat, als gezegd, de middelen heeft te kiezen².

14. Wij vinden hierin aanleiding u voor te stellen de beide vragen, u voor uitlegging door het Landessozialgericht Hamburg voorgelegd, als volgt te beantwoorden:

1. Het is niet met de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207 in strijd, wanneer een vrijstelling van beroepswerkzaamheden in aanvulling op het verplichte postnatale verlof, aan de moeder wordt voorbehouden, immers deze vrijstelling is een maatregel ter bescherming van de vrouw in de zin van artikel 2, lid 3, van voormelde richtlijn.
2. (Subsidiair) de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207 doen voor particulieren rechten ontstaan die zij voor de nationale rechter kunnen invoeren tegen de staat die zich niet naar de hem daarin opgelegde verplichtingen mocht hebben gedragen.

1 — Arrest, op 10. 4. 1984 gewezen in de zaken 14 en 79/83, von Colson-Kamann en Harz, r.o. 22, Jurispr. 1984, blz. 1891 en 1921.

2 — r.o. 8.