

ginsel onder artikel 2, lid 3, van richtlijn nr. 76/207, omdat het de vrouw zowel wat de gevolgen van de zwangerschap betreft als in haar hoedanigheid van moeder wil beschermen. Daarom kan zulk een verlof aan de moeder, met uitsluiting van ieder ander, worden voorbehouden, immers alleen de moeder kan onder de ongeschikte pressie van voortijdige werkhervatting komen te staan.

4. Richtlijn 76/207 ruimt de Lid-Staten discretionaire bevoegdheden in ten aanzien van de sociale maatregelen welke zij nemen om, in het door de richtlijn getrokken kader, in verband met zwangerschap en moederschap voor bescherming van de vrouw te zorgen en compensatie te bieden voor de feitelijke nadelen waarvoor de vrouw zich, wat behoud van haar be-
5. Volgens de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van 's Raads richtlijn 76/207 mag een Lid-Staat de moeder bij afloop van het zwangerschapsverlof, een moederschapsverlof in uitzicht stellen, welks toekenning de staat door een uitkering begunstigt. De richtlijn verplicht de Lid-Staten niet om, wanneer beide ouders het erover eens zijn, het verlof aan de vader toe te kennen.

In zaak 184/83,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag, van het Landessozialgericht Hamburg, in het aldaar aanhangig geding tussen

U. HOFMANN, wonende te Hamburg,

en

BARMER ERSATZKASSE, te Wuppertal,

om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van 's Raads richtlijn nr. 76/207 van 9 februari 1976, betreffende 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,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: Mackenzie Stuart, president, T. Koopmans, K. Bahlmann en Y. Galmot, kamerpresidenten, P. Pescatore, A. O'Keeffe, G. Bosco, O. Due, U. Everling, C. Kakouris en R. Joliet, rechters,

advocaat-generaal: M. Darmon

griffier: P. Heim

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten, het procesverloop en de opmerkingen, gemaakt krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG, kunnen worden samengevat als volgt:

I — Feiten en procesverloop

Volgens artikel 6, lid 1, van het Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mütter van 18 april 1968 (BGBl. I, blz. 315), hierna te noemen: „Mutterschutzgesetz”, moet aan de werkende moeder, na de geboorte van een kind, een zwangerschapsverlof van 8 weken worden toegekend. Gedurende die tijd zijn zij van alle beroepswerkzaamheden vrijgesteld en behouden zij hun bezoldiging, die hun door het ziekenfonds en/of door hun werkgever wordt uitbetaald.

Bij wet van 25 juni 1979 (BGBl. I, blz. 797) is in het Mutterschutzgesetz een artikel 8a opgenomen, volgens hetwelk de moeder, na afloop van de periode gedu-

rende welke zij krachtens artikel 6, lid 1, bescherming geniet, en tot aan de dag waarop het kind de leeftijd van 6 maanden bereikt, voor moederschapsverlof (Mutterschaftsurlaub) in aanmerking komt. Gedurende dat verlof is de moeder van alle beroepswerkzaamheden vrijgesteld en betaalt de staat haar, door tussenkomst van het ziekenfonds, een dagvergoeding van ten hoogste 25 DM. Bij afloop van dat verlof is haar handhaving van haar arbeidsovereenkomst, op ongewijzigde voorwaarden, in uitzicht gesteld.

Volgens artikel 8a eindigt het moederschapsverlof drie weken na het overlijden van het kind en uiterlijk op de dag waarop het kind de leeftijd van 6 maanden bereikt. Het verlof eindigt ook wanneer het kind tijdens het zwangerschapsverlof overlijdt, terwijl het niet wordt toegekend wanneer het overlijden meer dan drie weken voor afloop van het zwangerschapsverlof geschiedt.

's Raads richtlijn nr. 76/207 van 9 februari 1976 (PB L 39, blz. 40) betreft volgens haar artikel 1 de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de promotiekansen en de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid. Volgens artikel 2, lid 1, houdt dit gelijkheidsbeginsel in dat iedere discriminatie op grond van geslacht is uitgesloten. Dit geldt volgens artikel 5, lid 1, met name voor de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden. In artikel 2, lid 3, is een uitzondering voorzien voor de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat zwangerschap en moederschap betreft.

Op 21 mei 1979 werd verzoeker in het hoofdgeding, U. Hofmann, vader van een door hem erkend natuurlijk kind. Voor het tijdvak tussen de afloop van het wettelijk zwangerschapsverlof van de moeder en de dag waarop het kind de leeftijd van 6 maanden bereikte, werd hem door zijn werkgever onbetaald verlof verleend. In die periode zorgde hij voor het kind, terwijl de moeder haar werk als onderwijzeres hervatte.

Op 1 augustus 1979 diende eiser in het hoofdgeding bij het bevoegde ziekenfonds, de Barmer Ersatzkasse, het verzoek in, hem voor de duur van het in artikel 8a van het Mutterschutzgesetz bedoelde verlof, moederschapsgeld toe te kennen.

Op 8 juli 1979 wendde hij zich tot het Bundesverfassungsgericht met een beroepschrift, waarin hij stelde dat de artikelen 1, 2, 3, 6 en 7 van de wet van 25 juni 1979 tot instelling van het moeder-

schapsverlof, met artikel 3, lid 2 en 3, van het Grundgesetz in strijd moesten worden geacht, omdat bedoeld verlof daarin alleen aan werkende moeders in uitzicht is gesteld. Dit constitutionele beroep is door de commissie van onderzoek (Vorprüfungsausschuß) ontvanke-lijk verklaard. Het Bundesverfassungsgericht achtte termen aanwezig om, alvorens uitspraak te doen, de afloop van de voor het Hof van Justitie gevoerde procedure af te wachten.

Het ziekenfonds verwierp het verzoek om toekenning van moederschapsgeld. Op een door eiser ingediend bezwaarschrift werd afwijzend beschikt. Bij vonnis van 19 oktober 1982 verwierp het Sozialgericht Hamburg het door hem tegen die beslissing ingestelde beroep, overwegende dat naar luid van artikel 8a alleen moeders voor moederschapsverlof in aanmerking komen. Blijkens de legislatieve procedure heeft de wetgever van een aan „een van beide” ouders toe te kennen verlof niet willen weten. De met zwangerschap en bevalling samenhangende biologische verschillen, die na afloop van het zwangerschapsverlof van acht weken blijven voortbestaan, zouden medebrengen dat er met het moederschap als zodanig rekening mag worden gehouden.

Verzoeker in het hoofdgeding maakte de zaak in hoger beroep aanhangig, onder meer stellende dat men door de instelling van het moederschapsverlof niet de gezondheid van de moeder, maar alleen de verzorging van het kind door de moeder heeft willen beschermen. Tijdens de mondelinge behandeling voor de Eerste kamer van het Landessozialgericht Hamburg heeft hij geconcludeerd tot schorsing van het geding, opdat de ten processe gerezen vragen, de uitlegging van de richtlijn van de Gemeenschap betreffende, aan het Hof van Justitie zouden worden voorgelegd.

De vraag naar de overeenstemming van de Duitse wettelijke regeling met de richtlijn van de Gemeenschap in geding achtende, heeft het Landessozialgericht Hamburg, Eerste Kamer, gezien de verschillende opvattingen met betrekking tot de toepassing van de bepaling voorgestaan en met name in aanmerking genomen het beroep, door de Commissie tegen de Bondsrepubliek Duitsland wegens onvoldoende omzetting van de richtlijn in nationaal recht aanhangig gemaakt, bij beschikking van 9 augustus 1983, het geding krachtens artikel 177 EEG-Verdrag geschorst totdat het Hof van Justitie zich bij wege van prejudiciële beslissing zou hebben uitgesproken over de beide navolgende vragen:

Zijn de artikelen 1, 2 en 5, lid 1 van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende 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 (PB L 39 van 1976, blz. 40), geschonden, wanneer na afloop van het zwangerschapsverlof van 8 weken na de geboorte uitsluitend de werkende moeder en niet, in haar plaats, wanneer de ouders het daarover eens zijn, ook de werkende vader aanspraak kan maken op een verlof tijdens hetwelk de staat als tegemoetkoming het netto-loon betaalt — zij het met een maximum van DM 25 per kalenderdag — en dat duurt tot de dag waarop het kind 6 maanden oud wordt?

Zo de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Hebben de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad rechtstreekse werking in de Lid-Staten?

De beschikking van het Landessozialgericht is op 29 augustus 1983 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Overeenkomstig artikel 20 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie EEG zijn er op 11 november 1983 schriftelijke opmerkingen ingediend door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Beschel, lid van de juridische dienst, en op 1 december 1983 door verzoeker in het hoofdgeding U. Hofmann, vertegenwoordigd door K. Bertelsmann, advocaat te Hamburg, door de Barmer Ersatzkasse, en door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door haar adviseur M. Seidel en door E. Roeder, Regierungsdirktor in het ministerie van Economische Zaken.

Op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, heeft het Hof besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen in het hoofdgeding, de Commissie en de Duitse regering evenwel uitgenodigd een aantal vragen schriftelijk te beantwoorden; aan die uitnodiging is tijdig gevolg gegeven.

II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

U. Hofmann, verzoeker in het hoofdgeding, betoogt, na een overzicht van de omstrede bepalingen van het Duitse recht en het gemeenschapsrecht te hebben gegeven, dat het Landessozialgericht met zijn vragen in feite wenst te weten of de uitsluiting van werkende vaders van

moederschapsverlof naar Duits recht met de richtlijn nr. 76/207 in strijd is. Voor de beantwoording van die vraag komt het erop aan of het moederschapsverlof moet worden geacht „de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft” in de zin van artikel 2, lid 3, van de richtlijn, te betreffen. Bij de beantwoording van die vraag dient te worden stilgestaan bij de historische ontwikkeling van het moederschapsverlof en bij zin en bedoeling der regeling, waarbij van de huidige stand van het recht, met inbegrip van de wijzigingen in de regeling van het moederschapsrecht aangebracht, dient te worden uitgegaan.

De sociale bescherming van de moeder om biologische redenen is steeds verder uitgebreid, laatstelijk in 1965, toen het postnatale verlof van 6 op 8 weken werd gebracht. Van verschillende zijden, namelijk vanuit de politiek en door de vakbonden, is de invoering van ouderschapsverlof verlangd. In 1979 heeft de Bondsregering een ontwerp van wet tot invoering van moederschapsverlof ingediend, waarin blijkens de overwegingen van de considerans (Bundratsdrucksache 4/79) de beperking van de dubbele last die werkkering en kind voor de vrouw betekent, de noodzaak om in de eerste levensfase voor het kind te waken en de behoefte aan een langere rustperiode dan het bestaande moederschapsverlof, centraal stonden.

Maar de beide eerste door de regering aangevoerde gronden hielden niet zonder meer in dat het bestaande verlof van 8 weken om gezondheidsredenen diende te worden verlengd. De in het wetsontwerp maar een enkele maal genoemde gezondheidsredenen worden alleen ter sprake gebracht ten betoge dat het moederschapsverlof alleen aan moeders zou mogen worden toegekend. Een alleen aan moeders ingeruimd opvoedingsverlof is er gekomen in strijd met de op-

vattingen, voorgestaan door internationale commissies (vgl. het Charta „de rechten van de vrouw op arbeid” van het internationaal verbond van vrije vakverenigingen), door de Duitse vakbonden en door andere organisaties en partijen die allemaal voorstanders waren van een, naar keuze, aan de vader of aan de moeder toe te kennen opvoedingsverlof. In de Bondsrepubliek is voorts in twijfel getrokken of zulk een alleen aan de moeder toe te kennen opvoedingsverlof zich wel met het Grundgesetz verdraagt.

Zulke beleidsredenen en zulke aan het constitutionele recht ontleende overwegingen gaven de Bundesrat aanleiding het voorstel een zogenaamd „ouderschapsverlof” ook voor vaders te doen gelden, te aanvaarden. Het voorstel berustte op de overweging dat er geen duidelijke redenen zijn waarom vaders en moeders verschillend zouden moeten worden behandeld, dat er geen met het geslacht samenhangende reden bestaat waarom de zorg voor het kind bij voorkeur aan de moeder zou moeten worden toevertrouwd wanneer er voortdurend een „Bezugsperson” aanwezig is, terwijl de bedoeling de moeder van haar tweeledige zorg te bevrijden, ook zou kunnen worden verwezenlijkt wanneer de opvoeding van het kind door de vader zou worden behartigd.

Na deze verklaring van de Bundesrat heeft de regering haar argumenten gewijzigd en vooral aandacht gevraagd voor de bescherming van de gezondheid. Uit de bewoordingen van de wet en uit de debatten welke aan haar totstandkoming zijn voorafgegaan, blijkt dat men niet allereerst op meer bescherming van de gezondheid van de moeder bedacht is geweest, doch een opvoedingsverlof heeft willen invoeren. Een ontwerp van wet volgens welk zulk een verlof ook voor vaders zou gelden had ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan de Bundesrat, die dat verlof evenwel ook aan niet-werkende ouders ten goede

wilde doen komen, hetgeen de regering om financiële redenen niet kon aanvaarden. Alleen omdat men aan de verplichting de wet ter goedkeuring aan de Bundesrat voor te leggen heeft willen ontkomen, zijn de vaders van bedoeld verlof uitgesloten gebleven.

Ook uit de bewoordingen van de wet blijkt dat men met dit verlof in feite niet de moeder — om biologische redenen — een grotere sociale bescherming heeft willen bieden, maar de vele lasten die met tewerkstelling en opvoeding van het kind, in onderling verband, samenhangen, heeft willen beperken. Dat het moederschapsverlof bij overlijden van het kind niet wordt toegekend of eindigt, bewijst dat men opvoeding van het kind door de moeder voor ogen heeft gehad. Hadden de door de Duitse regering ingeroepen biologische of gezondheidsredenen inderdaad de doorslag gegeven, dan had het voor de aanspraak op dit verlof niet terzake mogen doen of het kind in leven is gebleven.

In een onlangs aanhangig gemaakte zaak is gebleken tot welke noodlottige consequenties de argumenten kunnen leiden die men zo ten onrechte aan de biologische gesteldheid en de gezondheid ontleent: de als eiser optredende vader had het moederschaps-, lees: ouderschapsverlof, aangevraagd, toen de moeder kort na de geboorte van het kind overleed; de met sociale rechtspraak belaste instanties beschikten afwijzend, omdat het om biologische redenen ingevoerde moederschapsverlof uitsluitend voor moeders bestemd zou zijn.

Ook dat het verlof een facultatief karakter draagt, pleit tegen het standpunt van de regering. Zouden aan de wet inderdaad gronden als door de regering aangevoerd ten grondslag hebben gelegen, dan had voortzetting van het moederschapsverlof een obligatoir karakter dienen te dragen.

Ook de jongste rechtsontwikkeling verleent steun aan verzoekers standpunt. Volgens de wet van 25 juni 1979 heeft iedere moeder recht op moederschapsverlof, in dier voege dat de daguitkering is voorbehouden aan de moeder die sociaal verzekerd is dan wel een arbeidsovereenkomst kan overleggen die een bepaalde tijd voor de geboorte is aangegaan. Sinds het Mutterschutzgesetz bij de wet van 22 december 1981 (BGBl. I, blz. 1523) is gewijzigd, kunnen vrouwelijke werknemers die minder dan negen maanden voor de geboorte een betrekking hebben aanvaard, niet langer aanspraak op moederschapsverlof maken. Maar niemand kan beweren dat de gezondheid van moeders die pas onlangs zijn begonnen te werken, minder bescherming behoeft dan die van moeders die al geruime tijd werken. Dit bewijst in ieder geval dat het moederschapsverlof een sociale uitkering van de staat is, die moet worden geacht aan de opvoeding van het kind ten goede te komen, ook al zijn er vanwege de kosten bepaalde wachttijden ingevoerd. Van biologisch standpunt gereedeneerd, had men, ter voorkoming van het risico van misbruik dat tijdens de legislatieve procedure ter sprake werd gebracht, de dagvergoeding kunnen schrappen, maar niet mogen tornen aan het beginsel dat alle moeders, om het even hoe lang zij hebben gewerkt, voor moederschapsverlof in aanmerking komen.

Al deze overwegingen, ontleend aan de debatten en de voorstukken, aan zin en bedoeling der wet en aan de latere rechtsontwikkeling, maken duidelijk dat de wetgever een verlof heeft willen instellen dat de opvoeding van het kind mogelijk moest maken en dat hij niet — om redenen van biologische aard en om gezondheidsredenen — de bestaande bescherming heeft willen uitbreiden.

De tegenwoordige regeling discrimineert in tweërlei opzicht: werkende vaders

worden op ontoelaatbare wijze bij werkende moeders ten achter gesteld, terwijl het anderzijds de vrouwen moeilijker wordt gemaakt werk te vinden, immers hun tewerkstelling wordt, economisch gezien, nog minder aanbevelenswaardig. Een aan de vader dan wel aan de moeder toe te kennen ouderschapsverlof zou deze ongunstige situatie kunnen verhelpen, omdat de werkgever zich er rekenschap van zou moeten geven dat ook vaders op bedoeld verlof aanspraak maken.

Ook de regeling van moederschapsverlof en opvoedingsverlof in andere landen moet worden onderzocht. Naast verplicht verlof van zes tot acht weken, voor en na de geboorte, hebben Frankrijk, Italië, Noorwegen en Zweden regelingen ingevoerd waarbij een opvoedingsverlof is voorzien dat aan de moeder dan wel aan de vader ten goede komt. In de andere Lid-Staten is zulk een keuze niet voorzien. De Commissie heeft een beroep wegens stilzitten ingesteld tegen staten als de Bondsrepubliek Duitsland, die aan een moederschapsverlof van langere duur dan het zwangerschapsverlof, biologische redenen ten grondslag hebben gelegd. Blijkens een rapport van de Commissie is de Duitse regeling als discriminerend — in de zin van artikel 5 van de richtlijn — te beschouwen.

Daarentegen verdedigt de Bondsregering, in een rapport over de toepassing der richtlijn, dat er niet ten nadele van de mannen wordt gediscrimineerd: met de bepalingen van het Mutterschutzgesetz zou men de aan de moeder geboden bescherming hebben willen uitbreiden, in die zin dat zij na de bevalling op verhaal moet kunnen komen. Dat het verlof beperkt bleef tot moeders wier kind nog in leven is, zou zijn te verklaren vanuit het streven de kring der rechthebbenden te beperken tot degenen die zich uit hoofde van zwangerschap, bevalling en opvoe-

ding voor de zwaarste lasten geplaatst zagen. Het moederschapsverlof zou niet als een nieuw opvoedingsverlof zijn te beschouwen.

Het gaat er in wezen om of er met betrekking tot het moederschapsverlof mag worden gesproken van een bijzondere bepaling als bedoeld in artikel 2, lid 3, van de richtlijn, dan wel of bedoeld verlof onder het discriminatieverbod van artikel 5, lid 1, valt.

Naar hiervoor werd betoogd, is het moederschapsverlof niet op bescherming van de vrouw gericht, doch dient het — als gezinspolitieke maatregel — in educatieve zin te worden verstaan. Het desbetreffende artikel 2, lid 3, biedt voor vergelijking tussen mannen en vrouwen geen plaats, omdat de biologische verschillen overheersen. Gedurende de zwangerschap en enige tijd na de geboorte, alsook zolang het kind wordt gespeend, mag er aan de vrouw een bijzondere bescherming worden geboden. Gedurende een periode die zich tot zes maanden na de geboorte kan uitstrekken, is de toekenning van een exclusief verlof aan de moeder — om redenen van biologische aard dan wel om gezondheidsredenen — niet gerechtvaardigd. De normalisatie der lichaamsfuncties en de lichamelijke aanpassing zijn in den regel binnen vier à zeven weken verwezenlijkt; de moeder is dan normaliter alleszins tot werken in staat. Is dat niet het geval, dan behoeft zij haar beroeps werkzaamheden niet te hervatten wanneer zij in het bezit is van een doktersattest waaruit zulks blijkt. In artikel 6, lid 2, van het Mutterschutzgesetz is dan ook bepaald dat een moeder die nog niet geheel en al op krachten is gekomen een desbetreffend doktersattest overlegt, niet mag worden belast met werkzaamheden die haar krachten te boven gaan. Voor zogende moeders zijn er andere speciale voorschriften.

Met een driedelige taak — herstel van de bevalling; beroepswerkzaamheden; opvoeding van het kind — zou de moeder zich niet langer belast zien wanneer de gezinstaat na het zwangerschapsverlof door de vader zou worden overgenomen. De richtlijn verzet zich trouwens ook niet tegen een verlenging van het zwangerschapsverlof van acht tot twaalf weken. Het gaat daarentegen niet aan dat de wetgever met een beroep op de bescherming die de moeder zou behoeven, mannen en vrouwen gedurende zes maanden verschillend behandelt. De wetgever mag, uitgaande van een in feite identieke situatie, tussen mannen en vrouwen geen verschillen creëren langs de weg van een wetswijziging betreffende de bescherming welke, tot dan toe, in de bijzondere sector van het sociale en het arbeidsrecht alleen aan de moeder werd geboden. De poging een ongerechtvaardigd verschil in behandeling te maskeren, zou zonneklaar worden wanneer men bijvoorbeeld moederschapsverlof van een of meer jaren zou invoeren.

Men weet thans dat er geen aanleiding bestaat het biologisch moederschap aan het sociale moederschap te koppelen. De door sommigen voorgestane theorie volgens welke de opvoeding van kleine kinderen normaliter op de weg van de vrouw ligt, waarbij, gezien het moederinstinct, van biologische en psychologische verschillen zou mogen worden gesproken, behoeft dan ook geen bespreking. Voor een en ander zijn veeleer culturele, economische, traditionele en economische gronden aan te voeren, en bedoelde theorie vindt artikel 2, lid 3, dan wel in artikel 5, lid 1, van de richtlijn geen steun. De opvatting dat de moeder als zodanig meer dan de vader in aanmerking zou komen het kind de nodige liefde en toewijding te bieden, is ook niet met de richtlijn te rijmen.

De Bondsregering heeft melding gemaakt van een deskundigenrapport,

waarin voor een beperking van het moederschapsverlof tot moeders redenen van biologische aard alsook gezondheidsredenen worden aangevoerd, in welk rapport de nadruk wordt gelegd op het feit dat 50 % van de moeders enige tijd na de bevalling hun betrekking opgeven. Bedoeld rapport dateert van 30 april 1979 en is dus na de indiening van het wetsontwerp opgesteld. Het aan het opgeven der betrekking ontleende argument faalt: bij afloop van het thans geldende moederschapsverlof blijkt 51 % van de vrouwen die dat verlof hebben aangevraagd, het beroepsleven vaarwel te zeggen. Dit bewijst dat de wet het ogenblik waarop men daartoe overgaat, slechts vier maanden opschuift, doch op het aantal vrouwen dat zijn betrekking verlaat niet van invloed is.

Uit een en ander blijkt dat een aan de moeder voorbehouden moederschapsverlof zich met richtlijn nr. 76/207 niet verdraagt. De schending van de artikelen 5, lid 1, junctis 1, lid 1, en 2, lid 1, van de richtlijn doet alleen de vraag rijzen hoe er aan de discriminatie ten nadele van de vader een eind moet worden gemaakt. Volgens artikel 1, lid 1, zijn de Staten verplicht om, wat de arbeidsvoorwaarden betreft, het beginsel van gelijke behandeling ten uitvoer te leggen. Volgens artikel 3, lid 2, hebben zij de nodige maatregelen te nemen om te bereiken dat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel in strijd zijn, worden ingetrokken.

De bepalingen van het Mutterschutzgesetz zijn als wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de zin van artikel 3, lid 2, van de richtlijn te beschouwen. In bedoelde, sedert 1979 bestaande regeling komen — en kwamen steeds — bepalingen voor die zich met het gelijkheidsbeginsel niet verdragen, en de Bondsrepubliek heeft ze niet ingetrokken. Reeds

tijdens de legislatieve procedure is in twijfel getrokken of de uitsluiting van de vader van het moederschapsverlof zich wel met het Grundgesetz en met het gemeenschapsrecht verdraagt. In deze ten aanzien van het recht gerezen twijfel, vond de Bundesrat aanleiding opneming van de vaders in de bestaande regeling te verlangen. Tijdens de behandeling van het wegens stilzitten tegen de Bondsrepubliek aanhangig gemaakte beroep, heeft de Commissie erop gewezen dat die uitsluiting met de richtlijnen van de Gemeenschap in strijd is. Toen de bepalingen der wet in 1981 werden herzien, heeft de regering te dezen niet de nodige wijzigingen aangebracht. Ook in het in november 1983 goedgekeurde wetsontwerp is alleen maar een beperking van de uitkeringen voorzien; een toekenning van het verlof aan werkende vaders bleef achterwege.

Voor deze intransigente houding mogen geen financiële argumenten worden aangevoerd. Aan een uitbreiding van het ouderschapsverlof tot de vader zouden maar zeer geringe consequenties zijn verbonden, immers alleen bij werkende vaders of moeders zou er kunnen worden gekozen. Voor zover de verlofaanvragende ouders zouden wisselen, zou de operatie in financieel opzicht neutraal blijven. Zouden vaders het verlof aanvragen, terwijl de moeders het niet deden, dan zou dit tot een zeer geringe kostenstijging leiden, immers van de moeders met een kind vraagt 95 % het verlof aan.

Toen de Bondsrepubliek weigerde de met het beginsel ener gelijke behandeling strijdige bepalingen in te trekken, zou de Duitse rechterlijke macht bedoelde wettelijke voorschriften met de richtlijn in strijd — en naar nationaal recht niet toepasselijk — kunnen verklaren. Omdat de

richtlijn in onvoldoende mate in nationaal recht is omgezet — zodat de discriminerende voorschriften niet rechtsgeldig zijn — werkt de richtlijn rechtstreeks. Blijkens 's Hof's Jurisprudentie is dit het geval wanneer de bepalingen waarin de Lid-Statens tot een bepaalde handelwijze worden verplicht, zich naar hun aard voor rechtstreekse toepassing lenen. De richtlijn moet voldoende bepaald zijn en voor discretionaire beoordeling door de nationale wetgever geen ruimte laten, wanneer het erom gaat „of” de richtlijn in nationaal recht is omgezet, met dien verstande dat het aan de rechtstreekse toepasselijkheid van een richtlijn niet afdoet wanneer de bevoegdheid om discretionair te beoordelen „hoe” de richtlijn in nationaal recht werd omgezet, in stand is gebleven. In artikel 5, lid 2, van de richtlijn wordt duidelijk gezegd dat de Statens verplicht zijn de nodige maatregelen te nemen om te bereiken dat de met het beginsel van gelijke behandeling strijdige bepalingen worden ingetrokken. Die bepaling is duidelijk en de onderdanen van de betrokken Lid-Statens mogen haar voor de nationale rechter inroepen. Verzoeker in het hoofdgeding geeft het Hof dan ook in overweging de gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

Vraag 1

Volgens artikel 5, lid 1, van 's Raads richtlijn van 9 februari 1976 betreffende 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 (76/207/EEG) dienen aan mannen en vrouwen, zonder op het geslacht gebaseerde discriminatie, dezelfde arbeidsvoorwaarden te worden ingeruimd. Het is in strijd met artikel 5, lid

1, van de richtlijn, wanneer er na de geboorte van een kind, bij afloop van het om redenen van sociale bescherming uitsluitend aan de moeder toegekende verlof van acht weken, alleen aan de werkende moeder tot aan de dag waarop het kind de leeftijd van zes maanden bereikt, een verlof wordt toegekend waarin de Staat door betaling van de netto bezoldiging tot een maximum van 25 DM per dag bijdraagt, zonder dat de werkende vader er, in plaats van de moeder, aanspraak op kan maken wanneer de ouders het daarover eens zijn.

Artikel 2, lid 3, van de richtlijn, volgens hetwelk de richtlijn aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft, geen afbreuk doet, is op zulk een verlof niet van toepassing wanneer het langer dan twaalf weken na de geboorte van het kind wordt toegekend.

Vraag 2

Aangezien de in de Bondsrepubliek Duitsland voor het moederschapsverlof geldende bepalingen met artikel 5, lid 1, van de richtlijn in strijd zijn, kan de richtlijn door de nationale rechter rechtstreeks worden toegepast. Deze rechtstreekse werking van de richtlijn brengt mede dat het moederschapsverlof, in gevallen waarin de ouders het erover eens zijn, naar keuze door de werkende moeder dan wel de werkende vader kan worden aangevraagd.

De *Barmer Ersatzkasse*, gedaagde in het hoofdgeding, brengt een door het Bundessozialgericht op 19 oktober 1983 gewezen arrest ter sprake, dat een soortgelijke situatie betrof. Het Duitse gerecht heeft het niet met het Grundgesetz strijdig geacht dat de met het moederschaps-

verlof samenhangende uitkeringen uitsluitend aan de moeder in uitzicht zijn gesteld. Om de moeder ook nadat de acht weken moederschapsverlof zijn verstreken, vanwege de met zwangerschap en bevalling samenhangende psycho-fysische veranderingen verder te sparen, heeft men haar in het Mutterschutzgesetz, bij wege van moederschapsverlof, de mogelijkheid geboden van de bijzondere last die beroepswerkzaamheden in die periode voor haar betekenen, te worden vrijgesteld. Het Sozialgericht had in eerste aanleg op grondslag van een ten deze uitgebracht deskundigenrapport vastgesteld dat de veranderingen op psychisch en lichamelijk niveau die de moeder krijgt door te maken, niet reeds bij afloop van het zwangerschapsverlof van acht weken doch pas enkele maanden nadien zijn uitgewerkt. Het Sozialgericht achtte verwijzing naar het Bundesverfassungsgericht of naar het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen niet nodig.

Grondige bestudering van richtlijn nr. 76/207 leert dat het voorbehouden van dit verlof aan de werkende moeder niet met de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, in strijd is te achten. De bepalingen van het Mutterschutzgesetz betreffende het moederschapsverlof betreffen niet rechtstreeks de arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 5, lid 1, van de richtlijn. Centraal staat in deze bepalingen de gedachte dat er ook na afloop van de acht weken zwangerschapsverlof aan de werkende moeder bescherming moet worden geboden. In zijn uitspraak van 19 oktober 1983 heeft het Bundessozialgericht terecht uitgesproken dat de moeder dient te worden bevrijd van de bijzondere last die haar beroepswerkzaamheden voor haar betekenen in de periode waarin zij zou moeten worden ontzien, terwijl de lichamelijke en psychische veranderingen die zich aan haar voltrekken, pas enkele maanden na de geboorte zijn voltooid. Blijkens de overwegingen van het Bundessozialgericht liggen er, anders dan

verzoeker meent, aan de toekenning van het verlof wel degelijk overwegingen van biologische aard ten grondslag.

Dit zou ook blijken uit het arrest, door het Bundessozialgericht op 3 juni 1981 gewezen in een zaak die door een adoptiefmoeder aanhangig was gemaakt. Volgens de Duitse rechter heeft de wetgever alleen bij moederschap in de fysieke zin des woords moederschapsgeld willen toekennen. Adoptiefmoeders komen voor moederschapsverlof en voor de daarmee samenhangende uitkeringen niet in aanmerking, omdat zij de gevolgen van zwangerschap en bevalling niet te dragen krijgen. A fortiori kan er dus geen sprake van zijn dat er ten nadele van de vaders „op grond van geslacht” wordt gediscrimineerd in de zin van artikel 2 van de richtlijn. Artikel 2, lid 3, houdt de bevestiging in dat de richtlijn, met name wat zwangerschap en moederschap betreft, aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw geen afbreuk doet. Het mag er voor worden gehouden dat bepalingen als die van het Mutterschutzgesetz de Raad aanleiding hebben gegeven om de draagwijdte van lid 1 op deze wijze in te perken. Een schending van het in artikel 1, lid 1, van de richtlijn bedoelde oogmerk valt niet te ontdekken.

Dat alleen werkende moeders voor de met het moederschapsverlof samenhangende uitkeringen in aanmerking kunnen komen, is met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen „ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van de promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en ... de sociale zekerheid” niet in strijd.

De regering van de Bondsrepubliek meermoreert dat in de eerste plaats gevraagd wordt naar de verenigbaarheid van de

uitsluiting van de vader van het moederschapsverlof met de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207. Volgens artikel 1 is de richtlijn bedoeld om het beginsel ener gelijke behandeling tot uitvoering te brengen, en volgens artikel 2, lid 1, houdt dat beginsel in dat discriminatie naar geslacht is verboden. In artikel 5, lid 1, wordt dit voor de arbeidsvoorwaarden herhaald.

De vraag of men door aan mannen moederschapsverlof te weigeren, in strijd komt met het in richtlijn nr. 76/207 omschreven verbod van discriminatie naar geslacht, moet in ontkennde zin worden beantwoord. Het voorbehouden van het moederschapsverlof aan vrouwen is met artikel 2, lid 3, van de richtlijn in overeenstemming; door het verlof heeft men alleen aan de moeder de sociale bescherming willen bieden die zij vanwege haar lichamelijke gesteldheid behoeft. Het Bundesverfassungsgericht meent dat die wettelijke bescherming er is om de belangen van de vrouw als moeder minder met de belangen van de vrouw als werkneemster te doen contrasteren, zulks in het belang van haar gezondheid en van de gezondheid van haar kind.

Bij de vaststelling van het Mutterschutzgesetz en de instelling van het moederschapsverlof heeft men zich vooral door de zorg voor de gezondheid van de moeder laten leiden. Zodra het kind is geboren, moet de vrouw, vanwege de psychosomatische veranderingen waartoe zwangerschap en bevalling hebben geleid, van beroepswerkzaamheden worden vrijgesteld. Dat dit alleen bij de vrouw speelt, lijdt geen twijfel. Over de duur van dit verlof is men het niet steeds eens geweest; het is van — aanvankelijk — drie weken in 1965 op acht weken gebracht, zulks in de lijn van de voortgeschreden medische kennis en de opvattingen van de wetgever met betrekking tot vorm en

omvang der bescherming, terwijl ook de beschikbare financiële middelen een rol speelden. Toen het verlof laatstelijk in 1965 werd verlengd, zijn de medische deskundigen ervan uitgegaan dat er aan de meer radikale wijzigingen waartoe zwangerschap en bevalling hebben geleid, na ongeveer acht weken een einde is gekomen en dat zij in die tijd hun werk per se niet mogen hervatten. Sinds de invoering van het Mutterschutzgesetz in 1952 is men zich er evenwel terdege van bewust geweest dat de vrouw, na zo'n herstelperiode, nog niet volledig op krachten is gekomen. Volgens een deskundigenrapport heeft de vrouw zich dan alleen van de meest radikale organische wijzigingen hersteld, doch dit zou niet gelden voor de veranderingen van het hormonale en endocriene stelsel en van het vegetatief zenuwstelsel en ook niet voor de vrouwelijke psyche. Zij is ook na het zwangerschapsverlof niet tot de vroegere arbeidsprestaties in staat, zodat wel is voorgesteld dat zij nog gedurende meerdere maanden — om gezondheidsredenen — haar werk niet zou hervatten. Het rapport bevestigt de conclusie van het Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, volgens welke het Mutterschutzgesetz de werkneemster nog niet genoeg bescherming biedt. Van jaar op jaar dienen ongeveer 50 % van de vrouwen enige tijd na de bevalling hun ontslag in. 20 % van de moeders die na het zwangerschapsverlof weer aan het werk gaan, zijn gedurende enige tijd arbeidsongeschikt, de ene langer, de andere korter. Dat de moeder niet werkt, vindt zijn rechtvaardiging in redenen die met de biologische gesteldheid van de vrouw samenhangen. Dit is de wezenlijke bedoeling van de wet tot invoering van het moederschapsverlof, en die bedoeling is in de wet zelf en in de voorstukken ook voldoende duidelijk tot uitdrukking gebracht.

Het verlof dat de werkneemster na afloop van het zwangerschapsverlof ge-

niet, is als moederschapsverlof en niet als moederlof aangemerkt. Het wordt in beginsel ook alleen in aansluiting aan het zwangerschapsverlof toegekend; als mogelijkheden om op krachten te komen, dienden deze beide soorten van verlof op elkaar aan te sluiten.

Het in artikel 8a, lid 1, van het Mutterschutzgesetz bedoelde moederschapsverlof is alleen toegekend aan moeders die een bevalling achter de rug hebben, niet aan adoptiefmoeders en pleegmoeders. Doorslaggevend zijn dus niet alleen het geslacht en de verzorging die het kind behoeft, maar ook zwangerschap en bevalling en de daaraan voor de gezondheid van de vrouw verbonden gevolgen.

Dat moeders bij overlijden van het kind op moederschapsverlof geen aanspraak kunnen maken, staat hieraan niet in de weg en rechtvaardigt niet de conclusie dat men zich bij de invoering van dit verlof vooral door de verzorging en de opvoeding van het kind zou hebben laten leiden. De wetgever heeft de categorie van moeders in het genot van moederschapsverlof willen beperken tot moeders van levende kinderen. Dit onderscheid is met het gelijkheidsbeginsel niet in strijd; men bedenke dat zulke moeders niet slechts de last van zwangerschap en bevalling, doch ook die van de verzorging van het kind te dragen hebben.

In de wet heeft men een betere bescherming van de gezondheid van de moeder — in de lichamelijke zin des woords —

op het oog, en dat men die bescherming rechtstreeks en uitsluitend door werkonderbreking heeft willen bieden, is logisch. Bij de vervulling van haar in het Grundgesetz verankerde „Schütz- und Fürsorgepflichten” is de Bondsregering met bedoelde inperking van de kring der gerechtigden, niet buiten het kader van haar discretionaire bevoegdheden getreden.

Het is ook geen argument dat het zwangerschapsverlof als werkverbod en het moederschapsverlof als recht op werkonderbreking werd geformuleerd. Naar mate zwangerschap en bevalling langer geleden zijn, kunnen zij tot meer verscheiden gevolgen leiden, terwijl de aan het kind te bieden verzorging de ene vrouw ook veel meer belast dan de andere. Niet voor niets heeft de wetgever de beslissing aan de moeder overgelaten, waartoe te meer aanleiding bestond omdat haar tijdens dit verlof, anders dan tijdens het zwangerschapsverlof, het gederfde inkomen slechts ten dele wordt vergoed.

Blijkens de voorstukken heeft men door de wet tot invoering van het moederschapsverlof de moeder een betere bescherming willen bieden. Volgens Bundestagsdrucksache 8/2613, was de wet bedoeld om de moeder van haar beroepslichten vrij te stellen, opdat zij zich na het zwangerschapsverlof verder zou kunnen herstellen, zodat zij zich niet tegelijkertijd van haar plichten als werkneemster en van haar moederlijke plichten zou behoeven te kwijten, hetgeen haar vooral de eerste maanden na de bevalling te zeer zou belasten. Na de lichamelijke veranderingen die zij als gevolg van zwangerschap en bevalling had te ondergaan, moet zij in ieder geval in de eigenlijke herstelperiode worden ontzien. Door de mogelijkheid van vier maanden extra verlof wordt de moeder/werkneemster in staat gesteld zich de eerste

maanden na de bevalling helemaal aan haar kind te wijden.

Van deze bedoeling de moeder een betere sociale bescherming te bieden, blijkt ook uit het proces-verbaal van de bevoegde commissie uit de Bondsdag; ook tijdens de behandeling door de Bondsdag — in pleno — is op die bedoeling gewezen. Weliswaar kwam ook de verzorging van het kind ter sprake en heeft men, ten betoge dat de vader op zulk verlof geen aanspraak behoort te kunnen maken, met het toestemmingsbeleid verband houdende overwegingen doen gelden, maar dit is deels te verklaren door het feit dat er door de afgevaardigden van de oppositie een ontwerp-Bundesfamiliengeldgesetz was ingediend. Toen er moest worden gestemd, heeft de meerderheid van de Bondsdag tussen doelstellingen gelegen op het terrein van het gezinsbeleid en doelstellingen verband houdende met de aan de moeder te bieden rechtsbescherming, duidelijk onderscheiden. Volgens een resolutie van de Bondsdag d.d. 10 mei 1979 betekent het moederschapsverlof, bezien uit een oogpunt van de belangen van de werkneemsters en hun kinderen, een grote stap voorwaarts, waardoor de gezondheid van werkneemsters beter wordt beschermd en tevens tot verlichting van de in beroepsuitoefening en verzorging van de kinderen gelegen dubbele belasting wordt bijgedragen. De Bondsdag heeft bekrachtigd dat het verzekeren van de verzorging en opvoeding der kinderen een opgave van grote sociale betekenis is, voor welke verwezenlijking nieuwe politieke inspanningen nodig zijn, die het tegenwoordig kader van de bescherming van de moeder te buiten gaan. De ouders behoren zich aan de opvoeding van hun kinderen te kunnen wijden, zonder om financiële redenen tot beroepswerkzaamheden gedwongen te zijn; zij behoren te kunnen beslissen of de moeder dan wel de vader zijn werk zal onderbreken, en zulk een regeling zou ook voor adoptieouders hebben te gelden. Uit dit stuk blijkt ten duidelijkste dat de wetgever de

invoering van een educatief ouderschapsverlof als een in latere wetten te regelen aangelegenheid heeft beschouwd.

Onmiskenbaar zijn er aan de wet op het moederschapsverlof uit een oogpunt van gezinsbeleid positieve gevolgen verbonden: de moeder kan zich aan haar kind wijden zonder door haar dienstverband in een dwangpositie te geraken. Deze gevolgen zijn echter niet inzonderheid aan dit verlof verbonden; zij lagen reeds goddeels in de bestaande sociale bescherming van de moeder besloten.

De wet tot invoering tot het moederschapsverlof draagt ook tot de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke rechten van mannen en vrouwen in het beroepsleven bij: de vrouw wordt de behulpzame hand geboden als zij na de bevalling haar betrekking wil behouden; 50 % van de moeders dienen na de geboorte van het kind hun ontslag in. De nadelen die, wat hun arbeidsovereenkomst betreft en uit een oogpunt van sociaal verzekeringsrecht, voor hen aan een bevalling waren verbonden, zijn verzacht. De moeder behoudt haar betrekking en is kostenloos sociaal verzekerd. Voor het eerst wordt ook een voor opvoeding van het kind bestemd tijdvak voor de ouderdomsverzekering in aanmerking genomen.

In zijn recente uitspraak — van 2 februari 1982 — huldigde het Bundesverfassungsgericht de opvatting dat het moederschapsverlof bedoeld is om de moeder in lichamelijke opzicht te beschermen en dat het niet als een educatief verlof is te beschouwen.

In de tweede plaats wenste men te weten of er aan de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van de richtlijn in Lid-Staten rechtstreekse werking toekomt. Maar een bevestigende beantwoording van de eerste

vraag maakt beantwoording van deze tweede vraag overbodig.

Na de feiten te hebben gememoreerd en een gedetailleerd overzicht te hebben gegeven van de te dezen toepasselijke nationale en gemeenschapsrechtelijke regelingen, spreekt de *Commissie* als haar oordeel uit dat het debat ten rechte de vraag moet betreffen of de uitsluitend op het geslacht der rechthebbenden gebaseerde Duitse rechtsvoorschriften de toets van artikel 2, lid 3, van de richtlijn kunnen doorstaan, waarin het toepassingsgebied van het beginsel ener gelijke behandeling met zoveel woorden is uitgebreid tot bepalingen waarin de vrouw in geval van zwangerschap wordt beschermd.

Bestudering van inhoud en strekking van de richtlijn leert dat zij de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van toegang tot het arbeidsproces, ook op het gebied van de sociale zekerheid, beoogt. Bedoeld beginsel is te beschouwen als een uitwerking van een algemeen gelijkheidsbeginsel, waaraan op communautair niveau de aard, de rang en het belang van een grondrecht moet worden toegekend. Als in artikel 2, lid 1, van de richtlijn directe en indirecte discriminaties ter sprake komen, wordt op de algemene aard van dit beginsel de nadruk gelegd. In de artikelen 3 tot en met 5 wordt de werksfeer van het beginsel tot de toegang tot het beroepsleven, de opleiding, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagvoorwaarden uitgebreid.

Om de omstandigheid recht te doen wedervaren dat een wettelijke regeling die met zoveel woorden op het geslacht van betrokkene is gebaseerd, gerechtvaardigd kan zijn wanneer het om door het geslacht bepaalde objectieve verschillen gaat, heeft men in artikel 2, lid 2-4, van de richtlijn bepaalde uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling

voorzien, die evenwel volgens regelen van juridische logica in enge zin moeten worden geïnterpreteerd.

Artikel 2, lid 3, betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat zwangerschap en moederschap betreft, kan slechts zijn geschreven voor de op het geslacht gebaseerde regelingen die voor bedoelde bescherming noodzakelijk zijn. Dat men kraamvrouwen in alle Lid-Staten herstelperioden heeft ingeruimd, bewijst dat dit beginsel algemeen wordt erkend, ook al bestaat er, wat de duur betreft, geen uniformiteit.

Maar een nationale regeling die pretendeert ter bescherming van de moeder te zijn gegeven, valt niet zonder meer onder deze uitzonderingsbepaling, die alleen geschreven is voor bepalingen die — in objectieve zin — kunnen worden geacht de moeder te beschermen en waarin, met het oog op die bescherming, wel van het geslacht moet worden uitgegaan.

Naar het geslacht mag evenwel niet worden onderscheiden in het kader van een regeling die er althans mede op gericht is de moeder, met het oog op de opvoeding van haar kind, van haar beroepswerkzaamheden vrij te stellen. Men had zich daartoe ook van een niet-discriminerende maatregel kunnen bedienen, in dier voege dat ook de vader voor het kind kan zorgen en aldus de huishoudelijke taak van de moeder kan verlichten.

Om al deze redenen kunnen nationale beschermingsregelen als de onderhavige niet door de beugel. Dat het verlof ophoudt wanneer het kind komt te overlijden, bewijst dat het in de Duitse regeling onder meer om de verzorging van het kind gaat. Dit blijkt trouwens uit de memorie van toelichting. Wil men de moe-

der ook na het zwangerschapsverlof verder ontzien, dan kan daarvoor in dier voege worden gezorgd dat de vader in staat wordt gesteld haar van huishoudelijke taken te ontlasten. Waar het gestelde doel door een niet-discriminerende wettelijke regeling kan worden bereikt, is de litigieuze, op het geslacht gebaseerde discriminatie ontoelaatbaar.

Voor haar standpunt vindt de Commissie steun in de situatie in andere Lid-Staten, waar een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen het — verplichte — moederschapsverlof *stricto sensu* en andere tot het gezinsbeleid te rekenen maatregelen. Of de vader of de moeder van het kind in het genot zal komen van bijzondere voordelen, voorzien voor de tijd na afloop van de periode waarin uitsluitend de moeder — wegens de nieuwe gezinssituatie — speciale bescherming behoeft, behoort aan hen te worden overgelaten. Het Hof heeft zelf duidelijk onderscheiden tussen de bijzondere zorg vereisende periode terstond na de geboorte van het kind en de tijd nadien.

De Commissie herinnert eraan dat zij in een en ander aanleiding heeft gevonden tegen de Bondsrepubliek Duitsland een beroep wegens stilzitten aanhangig te maken. In een prejudiciële procedure kunnen nationale voorschriften evenwel niet rechtstreeks en in concreto wegens onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht worden aangevochten. Met dat voorbehoud geeft de Commissie het Hof in overweging de eerste vraag als volgt te beantwoorden:

Een nationale regeling waarin, voor de tijd na afloop van het zwangerschapsverlof van acht weken na de geboorte van een kind, uitsluitend ten behoeve van de moeder een bijzonder betaald verlof van vier maanden is voorzien, zulks althans mede met de bedoeling de moeder in

staat te stellen het kind te verzorgen, verdraagt zich niet met het in richtlijn nr. 76/207/EEG omschreven gelijkheidsbeginsel en vindt in de uitzonderingsbepaling van artikel 2, lid 3, van die richtlijn geen rechtvaardiging.

In de tweede vraag — naar de rechtstreekse werking van de richtlijn — gaat het om de uitlegging van artikel 5, lid 1, dat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden betreft. De regeling zou discrimineren omdat zij alleen aan de moeder van een kind betaald verlof in uitzicht stelt.

In beginsel houdt de richtlijn slechts in dat de Lid-Staten de erin omschreven doelstellingen in nationaal recht hebben om te zetten. In bepaalde omstandigheden heeft het Hof de justitiabelen evenwel het recht ingeruimd een richtlijn tegen een Lid-Staat in te roepen; het moet dan gaan om bepalingen die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig geredigeerd zijn, terwijl de betrokken Staat binnen de gestelde termijn niet de nodige uitvoeringsmaatregelen — of met de richtlijn strijdige maatregelen — moet hebben genomen. Het Hof wil het de Staten op die manier onmogelijk maken door stilzitten te voorkomen dat een richtlijn het voorgeschreven effect sorteert. Tot nu toe had het Hof zich over de werking van richtlijnen tot tenuitvoerlegging van het gelijkheidsbeginsel niet uit te spreken; in de aan het Hof voorgelegde zaken was van discriminatie niet gebleken of ook er kon rechtstreeks, op grondslag van artikel 119 van het Verdrag, uitspraak worden gedaan.

De rechtstreekse werking van een richtlijn als hier bedoeld doet bijzondere problemen rijzen: de nationale wetgever

heeft zich weliswaar van discriminatie naar geslacht te onthouden, maar is ook niet tot vaststelling van regelingen van een bepaalde inhoud of tot het verzekeken van bepaalde uitkeringen verplicht. Krijgt de wetgever te maken met regelingen waarin het non-discriminatiebeginsel wordt miskend, dan heeft hij in den regel de beschikking over meerdere mogelijkheden om een gelijke behandeling te verzekeren. Het beginsel werkt eigenlijk alleen rechtstreeks wanneer de wetgever niet over een beoordelingsmarge beschikt en de situatie alleen met de richtlijn in overeenstemming kan worden gebracht door de regeling ook voor het andere geslacht te doen gelden.

Men dient trouwens niet te vergeten dat de litigieuze rechtskwesties thans de inzet vormen van een krachtens artikel 169 voor het Hof aanhangig gemaakte procedure. Daarin komen de Duitse regelingen in concreto — en niet, als in casu, in abstracto — aan de orde. Pas wanneer het Hof uitspraak zal hebben gedaan, zal men weten of en in hoeverre de nationale wetgever het gemeenschapsrecht heeft geschonden. Wordt de Bondsrepubliek veroordeeld, dan zal zij zich ten volle naar het arrest hebben te gedragen en er op moeten toezien dat er voor eventuele geledeerden een aanvaardbare oplossing wordt gevonden. De Commissie meent dat de vraag voor het ogenblik geen bespreking behoeft en geeft het Hof in overweging haar niet te beantwoorden.

III — Beantwoording van de door het Hof gestelde vragen

Naar aanleiding van het verzoek zich over de wettelijke regelingen, in de on-

derscheiden Lid-Statens ten aanzien van het moederschapsverlof gegeven, uitvoeriger uit te laten dan geschied was in de vergelijkende tabel die als twaalfde uitgave van de „Tableau comparatif des régimes de sécurité sociale” is verschenen en te verklaren of haar, wat andere Lid-Statens betreft, van soortgelijke problemen is gebleken, heeft de *Commissie* het Hof een overzicht van de regelingen inzake het moederschapsverlof — obligatoir dan wel op aanvraag — en van het ouderschapsverlof in de verschillende Lid-Statens doen toekomen. Uit die tabel zou blijken dat de duur van het verplichte moederschapsverlof van twaalf weken (Griekenland) tot twintig weken (Italië) uiteenloopt en de duur der postnatale bescherming van zes weken (Griekenland) tot veertien weken (Denemarken). Behalve in de Bondsrepubliek, komt vrijwillig moederschapsverlof ook voor in Luxemburg, Ierland en het Verenigd Koninkrijk. De regelingen van laatstgenoemde landen zijn qua opzet met de Duitse regeling vergelijkbaar. De *Commissie* onderzoekt dan ook of er tegen de betrokken Lid-Statens een procedure wegens stilzitten moet worden ingeleid. Het is de *Commissie* niet bekend of en in hoeverre er met betrekking tot die verschillende nationale regelingen met de zaak ten principale vergelijkbare geschillen zijn ontstaan.

Aan partijen in het hoofdgeding en aan de regering van de Bondsrepubliek Duitsland is verzocht zich nader te verklaren over de toekenning van het moederschapsverlof en de betaling van de uitkering, in de desbetreffende wet voorzien. Op grond van welke arbeidsverhouding worden dat verlof en die uitkering verleend? Mag het Hof het ervoor houden dat zij naar de tegenwoordige wet op grond van de arbeidsverhouding van de moeder worden verleend? Welke situatie zou er dan ontstaan wanneer dit verlof en deze uitke-

ring aan de vader zouden worden toegekend? Zouden die voordelen dan aan de arbeidsverhouding van de vader verbonden zijn? Zo ja, tot welke consequenties zou zulk een opvatting leiden in gevallen waarin de moeder geen werkneemster is?

a) *Verzoeker in het hoofdgeding* betoogt dat moederschapsverlof en moederschapsmeld verbonden zijn aan de arbeidsverhouding van degene aan wie het tegenwoordige recht het verlof in uitzicht stelt, dat wil zeggen de moeder. Voorwaarde is dat de moeder aantoonbaar in het jaar voor de geboorte van het kind tenminste negen maanden krachtens arbeidsovereenkomst te hebben gewerkt dan wel recht te hebben gehad op uitkeringen krachtens het Arbeitsförderungsgesetz.

Naar tegenwoordig recht zou de moeder ook bij werkloosheid aanspraak op het verlof kunnen maken. Zij behoeft ook niet te bewijzen dat zij zelf voor het kind zorgt. Het verlof is ook onafhankelijk van de professionele en sociale positie van de echtgenoot, vader van het kind.

Een educatief verlof dat, ter keuze van de ouders, aan de moeder dan wel aan de vader wordt uitgekeerd, behoeft ook slechts te worden verleend wanneer degene die er aanspraak op maakt, aan de gestelde voorwaarden voldoet. Geheel in de lijn van de tegenwoordige regeling zou het educatief verlof van de sociale en professionele situatie van de andere ouder onafhankelijk moeten zijn. Ook wanneer de moeder van het kind geen werkneemster is, zou de vader op ouderschapsverlof aanspraak mogen maken. Is

slechts een van beiden werknemer, dan is educatief verlof nauwelijks mogelijk, omdat het gehele gezinsinkomen dan verdwijnt en de tegenwoordige uitkering onvoldoende is. Ook onder de tegenwoordige regeling wordt het moederschapsverlof niet zo vaak aangevraagd door alleenstaande vrouwen c.q. door vrouwen die alleen voor hun kind zorgen, als door gehuwde vrouwen wier echtgenoot werknemer is.

b) Volgens de *Barmer Ersatzkasse* kan aan het *Mutterschutzgesetz*, gelezen in verband met de te dezen relevante bepalingen van de *Reichsversicherungsordnung*, worden afgelezen dat het moederschapsverlof en het moederschapsgeld op grond van de arbeidsverhouding van de moeder worden toegekend. Het is evenwel alleen op het eerste gezicht zo; wie met zin en bedoeling van de wet en de wil van de wetgever te rade gaat, komt tot de conclusie dat de arbeidsverhouding van de moeder voor het moederschapsverlof en het moederschapsgeld niet de doorslag geeft. De *Reichsversicherungsordnung* stelt de bepaling der uitkering, behalve van een arbeidsovereenkomst, ook van zwangerschap afhankelijk. Volgens de considerans moet de moeder/werkneemster gedurende de periode waarin zij moet worden ontzien, van de dubbele last van moederschap plus werknemerschap worden bevrijd. Weliswaar komt er ook een dubbele last op de vader neer, maar de moeder neemt een andere positie in omdat zij deze dubbele last heeft te dragen terwijl zij er in fysiek en psychisch opzicht niet zeer goed aan toe is. In zijn arrest van 19 oktober 1983 heeft het Bundessozialgericht terecht overwogen dat men in de wet tot invoering van het zwangerschapsverlof de gezondheidstoestand van de werkneemster heeft willen verbeteren en niet voor de verzorging en opvoeding

van het kind heeft willen opkomen. De wet kan hoogstens worden geacht het laatste zijdelings te hebben beoogd.

De vraag of een aan de vader toegekend verlof — en uitkering — in diens arbeidsovereenkomst hun grondslag vinden, richt zich allereerst tot de wetgever en dient door hem, met inachtneming van het algemene gelijkheidsbeginsel, vrijelijk te worden beantwoord. Een wettelijke regeling waarin verlof en uitkering aan vader en moeder wordt toegekend, kan om redenen van sociaal beleid wenselijk zijn, maar is rechtens niet nodig. De tegenwoordige regeling houdt geen directe of indirecte discriminatie als in richtlijn nr. 76/207 bedoeld in.

Een ontkennende beantwoording van de eerste vraag brengt mede dat de vraag naar de consequenties welke, bijaldien de moeder geen werkneemster mocht zijn, aan een hypothetische regeling als door het Hof bedoeld verbonden zouden zijn, geen beantwoording meer behoeft.

c) De regering van de Bondsrepubliek Duitsland is het er mee eens dat de arbeidsovereenkomst van de moeder de voorwaarde is voor toekenning van de uitkering van zwangerschapsverlof — in de tijd voor en na de bevalling — en van moederschapsgeld. Buiten een arbeidsovereenkomst om is vrijstelling van beroepswerkzaamheden ondenkbaar. Het in met dit grondbeginsel niet in strijd dat de hierbedoelde uitkeringen ook worden betaald aan moeders wier arbeidsover-

eenkomst door de werkgever tijdens de zwangerschap rechtmatig is ontbonden of na de eigenlijke zwangerschapsperiode afloopt, immers zulke moeders moeten worden bevrijd van de verplichting zich voor afloop van de periode van zes maanden na de bevalling wederom op de arbeidsmarkt te melden. De toekenning van verlof en uitkering aan de vader/werknemer draagt tot de door het Duitse recht beoogde bescherming van de moeder niet bij wanneer de moeder zelf geen arbeidscontract heeft. Als huisvrouw heeft zij niet de extra last van het werknemerschap te dragen. Zijn beide ouders een arbeidscontract aangegaan, dan betekent een door de moeder opgenomen verlof dat zij de lasten van het werknemerschap niet heeft te dragen en na zwangerschap en bevalling op verhaal kan komen. Daarmee is het doel van het moederschapsverlof bereikt. Een door de vader opgenomen verlof zou de moeder verplichten acht weken na de bevalling op haar werk terug te keren. De mate waarin de moeder wordt ontzien, hangt af van de mate waarin de van beroeps-werkzaamheden ontheven vader haar de verzorging en opvoeding van het kind uit handen neemt. In ieder geval draagt de moeder de extra last die aan haar arbeidscontract verbonden is. Alleen vrijstelling van werk biedt de moeder gedurende de eerste zes maanden na de bevalling de beoogde betere bescherming.

Op de vraag of en waarom een moederschapsverlof als het onderhavige, ook wanneer het moeder en kind mocht beschermen op zodanige wijze dat deze beide aspecten niet uit elkander worden gehouden, onder artikel 2, lid 3, van de richtlijn valt, zijn de navolgende antwoorden gegeven.

a) *Verzoeker in het hoofdgeding* is het met de Commissie eens dat de bescherming van de moeder die zich voor een meervoudige taak geplaatst ziet, zonder discriminatie kan worden verzekerd wanneer de vader voor het huishouden en de kinderen zorgt. Dat het moederschapsverlof bij overlijden van het kind niet wordt verleend c.q. ophoudt, bewijst eveneens dat men de moeder van een meervoudige taak heeft willen ontslaan. Door de dood van het kind komt de moeder in biologisch opzicht of qua gezondheid niet in een andere situatie te verkeren, terwijl de aan de huishouding verbonden lasten dezelfde blijven. Maar de wetgever vindt er aanleiding in de betrokken moeder het recht op het verlof te ontzeggen, hetgeen wil zeggen dat het moederschapsverlof eigenlijk alleen maar wordt toegekend om de moeder in staat te stellen zich aan haar kind te wijden.

b) De *Commissie* ontkent niet dat de Duitse regeling enkel en alleen bedoeld is om de moeder te beschermen en de verzorging van het kind te verzekeren, naar meent dat zij als een op de arbeidsovereenkomst gebaseerde, aan de moeder voorbehouden voorkeursregeling de toets van artikel 2, lid 3, van de richtlijn alleen zou kunnen doorstaan wanneer de uitsluiting van de vader voor de verwezenlijking van het gesteld doel noodzakelijk zou zijn. Zou de uitsluitende bedoeling van de wetgever zonder differentiatie naar geslacht kunnen wor-

den verwezenlijkt, dan zou hij zich van zulke niet-discriminerende middelen moeten bedienen. De bescherming van de moeder en de verzorging van het kind kunnen worden verzekerd wanneer de moeder van beroepswerkzaamheden wordt vrijgesteld, zodat zij zich aan haar kind kan wijden. Dat het verlof in een situatie als de onderhavige aan de moeder blijft voorbehouden, is ontoelaatbaar, want discriminerend.

c) Volgens de *Bondsregering* handelt men, door de moeder zowel tijdens de zwangerschapsperiode als tijdens het moederschapsverlof van beroepswerkzaamheden vrij te stellen, niet alleen in het belang van de moeder, doch ook in het belang van het kind. Dat deze beide aspecten niet van elkander kunnen worden gescheiden, blijkt wel wanneer men zich afvraagt of het in het belang van het pasgeboren kind kan zijn dat men de moeder in de eerste maanden na de bevalling tot werken verplicht. Het gaat niet aan het moederschapsverlof buiten de werkingssfeer van artikel 2, lid 3, van de richtlijn te brengen omdat het ook aan het kind ten goede komt.

De regering van de Bondsrepubliek Duitsland had gesteld dat men in de wet tot invoering van het moederschapsverlof de moeder ook het behoud van haar betrekking had willen vergemakkelijken, naar aanleiding waarvan het Hof de regering heeft verzocht statistische gegevens over te leggen betreffende het aantal vrouwen dat na de invoering van de nieuwe wet moederschapsverlof heeft opgenomen, en de invloed welke er van de maatregel voor het behoud — door de vrouw — van hun betrekking is uitgegaan.

a) Volgens de *Bondsregering* zijn de regelingen inzake het moederschapsverlof niet rechtstreeks bestemd om de moeder het behoud van haar betrekking te verzekeren. Het behoud van de betrekking is veeleer een logisch gevolg van een moederschapsverlof. Het verlof wil zeggen dat zij op haar betrekking kan terugkeren wanneer zij haar werk wenst te hervatten. Ook door de zekerheid van haar betrekking wordt de moeder het aanvragen van dit verlof gemakkelijker gemaakt. Een moeder die riskeert haar betrekking te verliezen, zal wel nauwelijks van de mogelijkheid tot het aanvragen van het moederschapsverlof gebruik willen maken. Daarom heeft men haar nog twee maanden na afloop van het verlof tegen ontslag willen waarborgen. De Duitse regering heeft een tabel overgelegd waaruit blijkt hoeveel vrouwen er in de jaren 1980-1983 moederschapsverlof hebben aangevraagd. Het percentage blijkt in die vier jaren van 88 % tot 96 % te zijn gestegen.

b) *Verzoeker in het hoofdgeding* merkt op dat het moederschapsverlof er volgens de Duitse regering toe heeft moeten bijdragen dat vrouwen hun betrekking behouden. Maar sinds de invoering van dit verlof is het aantal vrouwen dat, als er zes maanden na de geboorte zijn verlopen, zijn betrekking opgeeft, gestegen. Ook als de regering stelt dat de wet tot de verwezenlijking van de professionele gelijkstelling der vrouwen bijdraagt, is voorzichtigheid geboden. De wet werkt in de hand dat de werkgevers nog minder vrouwen in dienst nemen, immers alleen werknemers kunnen moederschapsverlof aanvragen. Ook als de wet, tegen de bedoeling van beide ouders in, de moeder verplicht het kind te verzorgen, worden de vrouwen in de uitoefening van hun beroep belemmerd.

IV — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 22 mei 1984 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door verzoeker in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door de advocaat Bertelsmann en de hoogleraar H. Pfarr, advocaat te Hamburg, door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door E. Roeder, door de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door R. Plender, barrister van de Inner Temple, en door de Commissie, vertegenwoordigd door M. Beschel, lid van de juridische dienst.

Na een aan de Britse wetgeving ontleende tabel te hebben overgelegd, heeft de vertegenwoordiger van de regering van het Verenigd Koninkrijk betoogd dat de bepalingen van het Mutterschutzgesetz, zo goed als bepaalde voorschriften van de Britse wetgeving, door artikel 2, lid 3, van de richtlijn worden gedekt, omdat zij betrekking hebben op de bescherming van de vrouw, met name wat zwangerschap en moederschap betreft. Een Staat die zulke bepalingen niet langer alleen voor moeders zou mogen doen gelden, zal minder gauw tot zulke beschermende maatregelen overgaan.

In de richtlijn nr. 76/207 worden aan particulieren geen in rechte in te roepen — onmiddellijke, onvoorwaardelijke en voldoende bepaalde — aanspraken verleend en mocht een richtlijn onder bepaalde omstandigheden in betrekkingen tussen een particulier en een Lid-Staat rechtstreeks werken, tussen particulieren onderling kan daarvan nimmer sprake zijn.

De Commissie gaat er ten onrechte van uit dat een wegens stilzitten aanhangig gemaakte zaak kan leiden tot een uitspraak waarbij de Staat of een particulier verplicht wordt een schade te vergoeden die aan de beweerdelijk gelaedeerde persoon is opgekomen. De aanspraken van particulieren berusten niet op het arrest, maar op het — eventueel rechtstreeks werkende — gemeenschapsrecht. En is een Staat in verzuim, dan wil dat niet zeggen dat de ene particulier de rechten van een andere particulier heeft geschonden.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 27 juni 1984 zijn conclusie genomen.

In rechte

- 1 Bij op 29 augustus 1983 ingekomen beschikking van 9 augustus 1983 heeft het Landessozialgericht Hamburg, teneinde te kunnen nagaan of artikel 8a van het Mutterschutzgesetz van 18 april 1968, zoals gewijzigd bij de wetten van 25 juli 1979 en 22 december 1981 (BGBl. I, 1968, blz. 315, 1979, blz. 797 en 1981, blz. 1523) zich met het gemeenschapsrecht verdraagt, het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag twee prejudiciële vragen gesteld inzake de uitlegging van 's Raads richtlijn nr. 76/207 van 9 februari 1976 betreffende 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 (PB L 39, blz. 40).

- 2 Blijkens de verwijzingsbeschikking is verzoeker Hofmann, eiser in het hoofdgeding, vader van een door hem erkend natuurlijk kind. Hij heeft zich voor de periode tussen de afloop van het tijdvak van acht weken gedurende hetwelk de moeder wettelijke bescherming genoot en de dag waarop het kind de leeftijd van zes maanden bereikte, onbezoldigd verlof doen toekennen en inmiddels voor het kind gezorgd, terwijl de moeder haar beroepswerkzaamheden heeft hervat.
- 3 Tevens vroeg verzoeker bij de Barmer Ersatzkasse, verweerster in het hoofdgeding, voor de periode van het moederschapsverlof bedoeld in artikel 8a van het Mutterschutzgesetz, die in artikel 13 van de wet juncto artikel 200, lid 4, van de Reichsversicherungsordnung in uitzicht gestelde uitkering aan.
- 4 Verweerster beschikte afwijzend; ook op een door verzoeker ingediend bezwaarschrift werd afwijzend beschikt. Het bij het Sozialgericht Hamburg ingediende beroep werd bij vonnis van 19 oktober 1982 afgewezen op grond dat volgens artikel 8a van het Mutterschutzgesetz — en naar de bedoeling van de wetgever — alleen vrouwen voor moederschapsverlof in aanmerking kwamen. Volgens het Sozialgericht had de wetgever willens en wetens van de invoering van „ouderschapsverlof” afgezien.
- 5 Eiser voorzag zich van deze uitspraak in hoger beroep bij het Landessozialgericht Hamburg, stellende dat men met het verlof dat bij het Mutterschutzgesetz was ingevoerd, in werkelijkheid niet de gezondheid van de moeder heeft willen beschermen, maar alleen de door de moeder aan het kind te wijden zorgen. Tijdens de procedure voor het Landessozialgericht heeft hij allereerst tot schorsing van de behandeling geconcludeerd, opdat bepaalde vragen, de uitlegging van richtlijn nr. 76/207 betreffende, voor een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie zouden worden voorgelegd.
- 6 In de twijfel welke er met betrekking tot de overeenstemming van de nationale wetgeving inzake het moederschapsverlof met voormelde richtlijn was gerezen, vond het Landessozialgericht aanleiding aan Hofmanns wens gevolg te geven, te meer waar het had vernomen dat de Commissie te dezen tegen de Bondsrepubliek Duitsland een beroep wegens stilzitten aanhangig had ge-

maakt (zaak 248/83). Het heeft het Hof dan ook de beide navolgende vragen gesteld:

„Worden de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende 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 (PB L 39 van 1976, blz. 40), geschonden, wanneer na afloop van het zwangerschapsverlof van 8 weken na de geboorte uitsluitend de werkende moeder en niet, in haar plaats, wanneer de ouders het daarover eens zijn, ook de werkende vader aanspraak kan maken op een verlof tijdens hetwelk de staat als tegemoetkoming het nettoloon betaalt — zij het met een maximum van DM 25 per kalenderdag — en dat duurt tot de dag waarop het kind 6 maanden oud wordt?

Zo de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, hebben de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad rechtstreekse werking in de Lid-Staten?

- 7 In zijn verwijzingsbeschikking heeft het Landessozialgericht de aandacht op gevestigd dat verzoeker zich tegelijkertijd met een Verfassungsbeschwerde tot het Bundesverfassungsgericht heeft gewend omdat zijn inziens een aantal bepalingen van de wet tot invoering van het moederschapsverlof ongrondwettig zouden zijn, immers in strijd zouden komen met het in artikel 3, lid 2 en lid 3, van het Grundgesetz besloten liggende beginsel van gelijkheid van man en vrouw voor de wet.

De eerste vraag (draagwijdte en begrenzing van het beginsel van gelijke behandeling)

- 8 Allereerst dienen de voor het Landessozialgericht omstreden wettelijke voorschriften betreffende het moederschapsverlof te worden gememoreerd.
- 9 Naar luid van artikel 6, lid 1, van het Mutterschutzgesetz mogen kraamvrouwen de eerste acht weken na de bevalling niet worden tewerkgesteld. In artikel 8a der wet wordt aan de moeders na de periode waarin zij volgens artikel 6, lid 1, bescherming genieten, moederschapsverlof in uitzicht gesteld tot de dag waarop het kind de leeftijd van zes maanden bereikt, welk verlof door

de moeder uiterlijk vier weken voor afloop van het zwangerschapsverlof moet worden aangevraagd; voorwaarde voor toekenning is dat de moeder gedurende een termijn van — in beginsel — negen maanden voor de geboorte krachtens arbeidsovereenkomst heeft gewerkt. Bij overlijden van het kind gedurende het verlof eindigt het in beginsel drie weken nadien. Volgens artikel 9a mag de werkgever de arbeidsovereenkomst tijdens het moederschapsverlof en de eerste twee maanden na afloop van dat verlof niet opzeggen. In artikel 13 der wet wordt aan de moeder een uitkering — overeenkomende met haar bezoldiging — ten laste van de Bond toegekend, die volgens de destijds geldende voorschriften een bedrag van 25 DM per dag niet te boven mocht gaan.

- 10 Verzoekers betoog komt erop neer dat men met de omstrede wettelijke voorschriften, anders dan met het zwangerschapsverlof van artikel 6 der wet, niet allereerst de moeder — om biologische en medische redenen — bescherming heeft willen bieden, doch in feite het kind heeft willen beschermen. Verzoeker komt tot deze slotsom om redenen die hij enerzijds aan de wordingsgeschiedenis, anderzijds aan bepaalde objectieve kenmerken van de wet tot invoering van het moederschapsverlof ontleent, en wel met name:

- aan het feit dat het verlof vervalt wanneer het kind overlijdt, waaruit het blijkt dat het verlof in het belang van het kind en niet in het belang van de moeder is toegekend;
- aan het feit dat het verlof een facultatief karakter draagt; het is dus niet toegekend om aan dwingende behoeften van biologische of medische aard tegemoet te komen;
- aan het feit dat er gedurende een minimumperiode voor de bevalling een arbeidsovereenkomst moet hebben bestaan. Het verlof was dus met het oog op de belangen van de moeder niet nodig; ware dat het geval geweest, dan had het aan alle werkneemsters in uitzicht moeten zijn gesteld, ongeacht de dag van hun tewerkstelling.

- 11 Volgens verzoeker kan de moeder tegen de cumulatie van lasten die in moederschap en arbeidsverhouding gezamenlijk besloten ligt, worden beschermd door niet-discretionaire maatregelen, bijvoorbeeld door de vader voor het verlof in aanmerking te doen komen of door de invoering van ouderschapsverlof, waardoor de moeder van de zorg voor het kind kan worden ontslagen en in staat wordt gesteld om, bij afloop van het zwangerschapsverlof, haar beroepswerkzaamheden te hervatten. Verzoeker meent

ook dat de eerbiediging van het beginsel dat discriminatie naar geslacht verbiedt, medebrengt dat de ouders tussen de aldus geboden mogelijkheden de vrije keus moet worden gelaten.

- 12 Verzoeker vindt voor zijn standpunt steun bij de Commissie, die meent dat het in artikel 2, lid 3, van richtlijn nr. 76/207 gemaakte voorbehoud, volgens hetwelk de Lid-Staten „bepalingen betreffende de bescherming der vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft” mogen handhaven, als uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling, eng dient te worden uitgelegd. Laatstgenoemd beginsel is een grondbeginsel welks toepassing alleen zou mogen worden ingeperkt door voorschriften die ter bescherming van de moeder objectief noodzakelijk zijn. Zijn ook de belangen van het kind met een regeling — als de onderhavige — gediend, dan moet de legislatieve bedoeling bij voorkeur met niet-discriminerende middelen worden gerealiseerd. En de in artikel 2, lid 3, van de richtlijn beoogde bescherming kan evengoed in dier voege worden geboden dat men, door het verlof aan de vader toe te kennen, de door de moeder op huishoudelijk gebied te verrichten taak verlicht.
- 13 De Commissie vestigt de aandacht op het feit dat de sociale wetgeving van een aantal Lid-Staten naar de toekenning van een „ouderschapsverlof” of een „educatief verlof” tendeeft, dat boven een alleen aan de moeder toe te kennen verlof te prefereren zou zijn. De Commissie heeft meegedeeld voornemens te zijn desnoods een beroep wegens „stilzitten” in te stellen tegen een aantal Lid-Staten die op enigerlei wijze maatregelen als het in de Duitse wettelijke regeling voorziene moederschapsverlof in stand houden.
- 14 Met de Barmer Ersatzkasse stelt ook de regering van de Bondsrepubliek Duitsland zich op het standpunt dat men met de bescherming die in de omstreden wettelijke regeling aan de moeder wordt geboden, de tegenstelling tussen de positie van de vrouw als moeder en die van de vrouw als werknemster, in het belang van de gezondheid van moeder en kind, heeft willen afbouwen. Ofschoon er over de tijd gedurende welke de vrouw, na zwangerschap en bevalling, moet worden ontzien, verschillend wordt geoordeeld, staat volgens de regering vast dat deze, van vrouw tot vrouw verschillende, periode zich tot geruime tijd na het wettelijke zwangerschapsverlof uitstrekt. Het moederschapsverlof zou derhalve in aan de biologische gesteldheid van de vrouw ontleende redenen zijn rechtvaardiging vinden: na het zwangerschapsverlof behoort de moeder niet aanstonds voor de beslissing te worden

geplaatst of zij haar bezoldigde werkzaamheid zal hervatten. De ervaring en de statistieken zouden leren dat het moederschap onder de oude regeling veel werkneemsters heeft gedwongen hun werkkring op te geven.

- 15 Tegenover de argumenten die met name door eiser in het hoofdgeding zijn aangevoerd, betoogt de regering van de Bondsrepubliek Duitsland dat het moederschapsverlof er in de systematiek van de Duitse wetgever op neer komt dat de aan de moeder geboden bescherming bij afloop van het zwangerschapsverlof van artikel 6, lid 1, zonder onderbreking wordt voortgezet. Dat het verlof bij overlijden van het kind eindigt, vindt zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat de dood van het kind aan de cumulatie van alle aan moederschap en werknemerschap verbonden lasten een einde maakt. Dat het verlof een facultatief karakter draagt en aan de moeder op aanvraag wordt toegekend, is in overeenstemming met de bedoeling van het verlof, volgens welke de vrouw, gezien haar lichamelijke toestand en andere omstandigheden, het gezins- en sociale leven betreffende, vrijelijk de oplossing zou mogen kiezen die het best op haar persoonlijke situatie is afgestemd; door deze bepaling kan de bedoeling van het verlof, dat er is om de moeder te ontzien, veel beter worden verwezenlijkt dan met behulp van andere oplossingen, zoals de toekenning van verlof aan de vader of het toevertrouwen van het kind aan andere gezinsleden. Dat het verlof tenslotte afhankelijk is gesteld van de voorwaarde dat de moeder gedurende een minimumperiode voor de bevalling op arbeidsovereenkomst moet hebben gewerkt, vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat men misbruik — in die zin dat zwangere vrouwen tijdens hun zwangerschap een arbeidsovereenkomst aangaan om voor het verlof en de desbetreffende uitkeringen in aanmerking te komen — heeft willen vermijden.
- 16 De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft een uiteenzetting gewijd aan het systeem volgens hetwelk de sociale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk de moeder beschermt en zich ten gunste van het standpunt van de Duitse regering uitgesproken. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt zich kritisch op tegenover het standpunt van de Commissie, die haars inziens aan artikel 2, lid 3, van de richtlijn een te restrictieve uitlegging geeft, die de Lid-Staten weinig geneigd doet zijn van de in de bepaling besloten liggende mogelijkheden gebruik te maken.
- 17 Ter beantwoording van de vraag van het Landessozialgericht zij allereerst stilgestaan bij de te dezen ter sprake gebrachte bepalingen van richtlijn nr. 76/207.

- 18 Met de richtlijn heeft men, ter verwezenlijking van de in de derde overweging van haar considerans genoemde sociale beleidsoogmerken van het EEG-Verdrag, de tenuitvoerlegging willen bevorderen van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van — onder meer — de „arbeidsvoorwaarden”.
- 19 Daartoe is in artikel 1 het gelijkheidsbeginsel in die zin omschreven dat de richtlijn de tenuitvoerlegging — in de Lid-Staten — beoogt van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van de promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden. Volgens artikel 2, lid 1, houdt het beginsel van gelijke behandeling in „dat iedere vorm van discriminatie . . . op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie” is uitgesloten. In artikel 5, lid 1, wordt gezegd dat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden inhoudt „dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht”, terwijl de Lid-Staten in artikel 5, lid 2, worden verplicht, de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, in te trekken en ze te herzien wanneer zij „aanvankelijk werden gemotiveerd door beschermende bedoelingen welke niet meer gefundeerd zijn.”
- 20 In artikel 2, lid 2-4, worden aan het in de richtlijn omschreven beginsel van gelijke behandeling in verschillend opzicht beperkingen gesteld.
- 21 Volgens het te dezen niet ter zake doende lid 2 vormt de richtlijn geen belemmering voor de bevoegdheid van de Lid-Staten om beroepsactiviteiten van de toepassing ervan uit te sluiten wanneer „vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.”
- 22 Lid 3 luidt als volgt: „Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.”
- 23 In dit verband zij ook herinnerd aan lid 4, volgens hetwelk de richtlijn geen belemmering vormt voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen

en vrouwen gelijke kansen krijgen, „in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden, i.e. ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de promotiekansen en de verdere arbeidsvoorwaarden.

- 24 Blijkens dit een en ander heeft men in de richtlijn geen vragen van gezinsstructuur willen regelen en in de taakverdeling tussen de echtelieden geen wijziging willen brengen.
- 25 Voorts zij er met name ten aanzien van lid 3 op gewezen dat in de richtlijn, waarin aan de Lid-Staten het recht wordt voorbehouden om bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat „zwangerschap en moederschap” betreft, in stand te houden of in te voeren, tweërlei bescherming van de vrouw, getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, rechtmatig werd bevonden. Enerzijds heeft men de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na de zwangerschap willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevaling hebben hersteld, anderzijds heeft men de bijzondere relatie tussen moeder en kind willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening willen voorkomen.
- 26 In beginsel valt derhalve een maatregel als het in aansluiting aan het zwangerschapsverlof aan de vrouw in uitzicht gestelde moederschapsverlof onder artikel 2, lid 3, van richtlijn nr. 76/207, omdat het de vrouw zowel wat de gevolgen van de zwangerschap betreft als in haar hoedanigheid van moeder wil beschermen. Daarom kan zulk een verlof aan de moeder, met uitsluiting van ieder ander, worden voorbehouden, immers alleen de moeder kan onder de ongewenste pressie van voortijdige werkhervatting komen te staan.
- 27 Voorts zij erop gewezen dat de richtlijn de Lid-Staten discretionaire bevoegdheden inruimt ten aanzien van de sociale maatregelen welke zij nemen om, in het door de richtlijn getrokken kader, in verband met zwangerschap en moederschap voor bescherming van de vrouw te zorgen en compensatie te bieden voor de feitelijke nadelen waarvoor de vrouw zich, wat behoud van haar betrekking betreft, met mannen vergeleken, gesteld ziet. De regering

van het Verenigd Koninkrijk heeft er terecht op gewezen dat zulke maatregelen met het gehele systeem van sociale bescherming der onderscheiden Lid-Staten verweven zijn. Derhalve dient te worden vastgesteld dat er aan de Lid-Staten, wat de aard der beschermende maatregelen en de voor hun doorvoering te kiezen modaliteiten betreft, een redelijke beleids marge is gelaten.

- 28 Blijkens het hiervoor overwogene moet de vraag van het Landessozialgericht Hamburg in die zin worden beantwoord dat een Lid-Staat volgens de artikelen 1, 2 en 5, lid 1, van 's Raads richtlijn nr. 76/207 de moeder bij afloop van het zwangerschapsverlof, een moederschapsverlof in uitzicht mag stellen, welks toekenning de Staat door een uitkering begunstigt. De richtlijn verplicht de Lid-Staten niet om, wanneer beide ouders het erover eens zijn, het verlof aan de vader toe te kennen.
- 29 De ontkennende beantwoording van de eerste vraag van het Landessozialgericht brengt mede dat de tweede vraag, betreffende de werking van richtlijn nr. 76/207 in gevallen waarin een Lid-Staat haar bepalingen mocht hebben miskend, zonder voorwerp is geraakt.

Kosten

- 30 De kosten, door de regering van de Bondsrepubliek en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Aangezien de procedure ten aanzien van partijen in het hoofdgeding als een voor de nationale rechter gerezen incident is te beschouwen, heeft deze over de kosten te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE

uitspraak doende op de vragen, door het Landessozialgericht Hamburg bij beschikking van 9 augustus 1983 gesteld, verklaart voor recht:

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.