

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. LÉGER

van 6 juni 1995 \*

1. Bij beschikking van 25 juni 1993 heeft de Court of Appeal in Northern Ireland (hierna: „Court of Appeal”) vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 119 EEG-Verdrag en een aantal bepalingen van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers<sup>1</sup>, en van richtlijn 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.<sup>2</sup>

De feiten

2. In de loop van 1988 werd aan zeventien vrouwen, onder wie mevrouw Gillespie (hierna: „verzoeksters in het hoofdgeding”), die bij verschillende Health Boards in Noord-Ierland<sup>3</sup> (hierna: „verweerders in het hoofdgeding”) werkzaam waren, zwangerschapsverlof toegekend.

3. Overeenkomstig de contractuele bepalingen<sup>4</sup> met betrekking tot hun loonaanspraken gedurende een dergelijk verlof, ontvingen zij in die periode:

— gedurende vier weken, het volledige weekloon;

— gedurende twee weken, negen tiende van dat volledige loon;

— gedurende twaalf weken, de helft van het volledige weekloon.

4. In november 1988 leidden onderhandelingen binnen de gezondheidszorg tot een loonsverhoging, die met terugwerkende kracht per 1 april 1988 inging.

\* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB 1975, L 45, blz. 19.

2 — PB 1976, L 39, blz. 40.

3 — Volksgezondheidsinstanties in Noord-Ierland.

4 — Een gunstiger regeling dan de wettelijke.

5. Volgens de nationale wetgeving zou de wijze van berekening van het loon van verzoeksters in het hoofdgeding gedurende hun zwangerschapsverlof hebben geleid tot:

— loonsverlaging en

— verlies van aanspraak op een deel van de loonsverhoging.

6. Verzoeksters in het hoofdgeding waren van mening, dat iedere loonsverlaging en iedere uitsluiting van een aanspraak op loonsverhoging gedurende een zwangerschapsverlof in strijd was met het in artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117 neergelegde beginsel van gelijke beloning en met het in richtlijn 76/207 neergelegde beginsel van gelijke behandeling, en zij vorderden dan ook dat het nieuwe loonakkoord voor hen zou gelden; tegen de uitspraak van het Industrial Tribunal van 10 juni 1991 waarbij hun vordering werd afgewezen, stelden zij hoger beroep in.

7. In die omstandigheden heeft de Court of Appeal het Hof de vier volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Dient op grond van (een van) de volgende bepalingen, te weten i) artikel 119

EEG-Verdrag, ii) de richtlijn gelijke beloning (75/117/EEG) of iii) de richtlijn gelijke behandeling (76/207/EEG) (‘de relevante bepalingen’), aan een vrouw die afwezig is van haar werk wegens het in de nationale wetgeving of in haar arbeidsovereenkomst geregelde zwangerschapsverlof, het volledige loon te worden betaald waarop zij recht zou hebben gehad indien zij op dat moment normaal voor haar werkgever had gewerkt?

2) Zo nee, dient op grond van de relevante bepalingen de hoogte van het loon van een vrouw tijdens het zwangerschapsverlof te worden bepaald door bepaalde bijzondere criteria?

3) Zo ja, welke zijn dan die criteria?

4) Indien zowel vraag 1 als vraag 2 ontkennd wordt beantwoord, heeft dan geen van de relevante bepalingen enig gevolg voor de hoogte van het loon waarop een vrouw tijdens bedoeld verlof recht heeft?”

8. Deze prejudiciële uitleggingsvragen zijn onderling nauw verbonden. In de eerste vraag wordt het Hof gevraagd, of de gemeenschapswetgeving vereist dat aan een vrouw gedurende haar zwangerschapsverlof het volledige loon wordt betaald dat zij zou hebben ontvangen wanneer zij gedurende die periode normaal had gewerkt. Deze vraag zal ik het eerst beantwoorden. De derde vraag behelst een precisering van de tweede. Voor het geval van een ontkennend antwoord op de eerste vraag, wordt het Hof in wezen gevraagd, of uit genoemde bepalingen criteria kunnen worden afgeleid waaraan een lagere uitkering dan het volledige loon moet beantwoorden. Voor het geval van een ontkennend antwoord op de eerste en de tweede vraag wordt gevraagd, of de hoogte van het gedurende het zwangerschapsverlof aan de vrouw toekomende loon niet door de gemeenschapswetgever is geregeld. Deze drie vragen zal ik in het tweede deel van mijn conclusie behandelen. Bij mijn weten is dit de eerste keer dat het Hof zich over deze punten dient uit te spreken.

Antwoord op de eerste vraag: verzet het gemeenschapsrecht zich ertegen, dat de werkneemster gedurende haar zwangerschapsverlof niet het volledige loon ontvangt dat zij zou hebben ontvangen wanneer zij normaal had gewerkt?

9. Voor het antwoord op deze vraag moet de draagwijdte van het in artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117 neergelegde beginsel van gelijke beloning (II) en van het in richtlijn 76/207 geregelde recht op bescherming van de zwangere werkneemster (III) worden afgebakend, nadat eerst de relevante nationale en gemeenschapsrechtelijke bepalingen in kaart zijn gebracht (I).

## I — Het juridisch kader

A — *De voor een vrouw gedurende haar zwangerschapsverlof geldende nationale wettelijke en contractuele regeling*

10. In Noord-Ierland is de *wettelijke regeling* neergelegd in de Social Security (Northern Ireland) Order 1986 en in de Statutory Maternity Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987. De *contractuele regeling* is neergelegd in het Council Handbook, vastgesteld door de Joint Councils for the Health and Personal Social Services (Northern Ireland).

11. De wettelijke regeling en de contractuele regeling *stemmen op de volgende punten overeen:*

1) indien wordt voldaan aan de voorwaarden<sup>5</sup> voor aanspraak op loon gedurende het zwangerschapsverlof, heeft de werkneemster recht op achttien weken betaald zwangerschapsverlof;

<sup>5</sup> — Deze voorwaarden — die ik hier niet zal bespreken omdat zij in de vragen niet worden genoemd en overigens niet in geding zijn — zijn in het wettelijke stelsel niet dezelfde als in het contractuele stelsel.

2) het gedurende het zwangerschapsverlof te betalen weekloon (WLZV) wordt berekend volgens de in artikel 21 van de regeling van 1987 bepaalde methode, namelijk als volgt:

a) de som van het brutoloon van de werknemster over de twee aan de referentieweek <sup>6</sup> voorafgaande maanden (BL),

b) vermenigvuldigd met zes,

c) gedeeld door tweeënvijftig;

$$\text{ofwel: WLZV} = \frac{L \times 6}{52}$$

12. Het WLZV vormt de berekeningsbasis <sup>7</sup> voor het gedurende het zwangerschapsverlof aan de betrokken werknemster te betalen loon.

6 — De referentieweek wordt bepaald uitgaande van het begin van de week waarin de bevalling wordt verwacht. Het is de vijftiende week vóór het begin van de vermoedelijke week van bevalling.

7 — Of de basis voor herberekening van het WLZV in geval van loonsverhoging tijdens het zwangerschapsverlof.

13. De hoogte van dit loon *verschilt naargelang men uitgaat van de wettelijke regeling of de contractuele regeling.*

14. Volgens de *wettelijke regeling heeft de werkneemster recht:*

a) gedurende zes weken op negen tiende van het WLZV en

b) vervolgens gedurende twaalf weken op een forfaitaire vergoeding van 47,95 UKL.

15. De *contractuele regeling* is evenwel gunstiger, aangezien deze recht geeft:

a) gedurende vier weken op het volledige WLZV;

b) gedurende twee weken op negen tiende van het WLZV;

c) gedurende twaalf weken op de helft van het WLZV.

Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris, en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt.

16. Het staat buiten twijfel, dat zowel toepassing van de wettelijke regeling als toepassing van de contractuele regeling tot gevolg heeft dat de Ierse werknemers gedurende hun zwangerschapsverlof minder loon ontvangen.

Gelijkheid van beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

#### B — *De gemeenschapsbepalingen*

17. Verzoeksters in het hoofdgeding baseren hun vordering op drie gemeenschapsregelingen: artikel 119 van het Verdrag en een aantal bepalingen van de richtlijnen 75/117 en 76/207.

a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van een zelfde maatstaf,

b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor een zelfde functie.”

18. Artikel 119 van het Verdrag luidt als volgt:

19. Artikel 1 van richtlijn 75/117 luidt als volgt:

„Iedere Lid-Staat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.

„Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag en hierna te noemen „beginsel van gelijke beloning”, houdt in dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning. In het bijzonder, wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik wordt gemaakt van een

systeem van werkclassificatie, dient dit systeem te berusten op criteria die voor mannelijke en vrouwelijke werknemers eender zijn, en zodanig te zijn opgezet dat ieder onderscheid naar kunne is uitgesloten.”

van de vrouw, met name voor wat zwanerschap en moederschap betreft.”

„Artikel 5

20. De relevante bepalingen van richtlijn 76/207 zijn de artikelen 2, leden 1 en 3, en 5, leden 1 en 2, sub c:

1. 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.

„Artikel 2

1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in 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.

2. Te dien einde nemen de Lid-Staten de nodige maatregelen om te bereiken dat:

(...)

(...)

- c) de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden herzien die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die aanvankelijk werden gemotiveerd door beschermende bedoelingen welke niet meer gefundeerd zijn; dat voor de soortgelijke contractuele bepalingen de sociale partners worden aangezet om tot de gewenste herziening over te gaan.”

II — Houdt het beginsel van gelijke beloning van artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117 de verplichting in om het loon van de werknemster met zwangerschapsverlof volledig door te betalen?

Het antwoord op deze vraag vergt een analyse van de inhoud en de strekking van dit beginsel.

21. Het is duidelijk — en dit wordt ook niet bestreden — dat het loon dat verzoeksters in het hoofdgeding krachtens genoemde nationale regelingen ontvangen, een beloning in de zin van artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117<sup>8</sup> is, maar kan het feit dat in die gemeenschapsbepalingen nergens sprake is van zwangerschap van werknemsters, worden aangevoerd als argument om deze categorie van werknemers van de werkingssfeer van die regeling uit te sluiten? Voor een antwoord op deze vraag dient de ratio legis van genoemde gemeenschapsbepalingen te worden bestudeerd.

22. Reeds in 1974<sup>9</sup> stelde de gemeenschapswetgever vast, dat het beginsel van gelijke

behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de beloning<sup>10</sup>, en ten aanzien van de toegang tot arbeid en beroepsopleiding, en de gelegenheid om in het beroep vooruit te komen, alsmede van de arbeidsvoorwaarden<sup>11</sup> dikwijls slechts formeel bestaan.<sup>12</sup> Omdat hij dit beginsel van fundamenteel belang achtte, nam de gemeenschapswetgever zich als prioritaire doelstelling<sup>13</sup> voor, de juridische instrumenten te scheppen om de feitelijke toestand naar de juridisch gewenste om te buigen. Op basis van artikel 2 EG-Verdrag kondigde hij een sociaal actieprogramma aan. Hij gaf ook aan, dat dat programma van positieve sociale maatregelen strekkende tot coördinatie van de nationale wetgevingen geleidelijk zou worden uitgevoerd. Zo zouden specifieke rechtsinstrumenten worden geschapen om de vrouw in haar beroepsleven te beschermen tegen iedere feitelijke ongelijke behandeling.

23. Als een van de positieve sociale maatregelen ter verwezenlijking van dat doel, kondigde de gemeenschapswetgever een voorstel aan voor een richtlijn voor de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen. Dat werd richtlijn 75/117, de eerste sociale actiemaatregel van de Raad. Deze richtlijn beoogt een positieve inhoud te geven aan het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen als bedoeld in artikel 119 van het Verdrag.<sup>14</sup>

8 — Hoewel het Hof zich bij mijn weten nog nooit heeft uitgesproken over dit punt, lijkt het mij nauwelijks voor twijfel vatbaar, dat het in casu dezelfde oplossing zal toepassen als in het arrest van 13 juli 1989 (zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743, r. o. 7). In dat arrest oordeelde het Hof, dat het aan de werknemer in geval van ziekte doorbetaalde loon onder het begrip „beloning” valt, hoewel een gedeelte van dat loon door het ziekenfonds aan de werkgever werd terugbetaald.

9 — Resolutie van de Raad van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma (PB 1974, C 13, blz. 1).

10 — Ook genoemd „het beginsel van gelijke beloning”.

11 — Ook genoemd „het beginsel van gelijke behandeling”.

12 — Resolutie van de Raad genoemd in voetnoot 9, „Verwezenlijking van de volledige en optimale werkgelegenheid in de Gemeenschap”, vierde streepje, blz. 2.

13 — Ibidem, blz. 3, vierde alinea.

14 — Eerste overweging van de considerans van richtlijn 75/117.

24. De maatregelen ter bescherming van zwangere werkneemsters zijn concrete en specifieke toepassingen van de algemene, voor vrouwen geldende bepalingen.

25. Artikel 1 van richtlijn 75/117 spreekt niet over zwangere werkneemsters, maar aangezien alleen vrouwen een kind ter wereld kunnen brengen, mag dit biologische onderscheid tussen man en vrouw geen factor van discriminatie op het gebied van beloning zijn.

26. Zo mag de zwangerschap van een vrouw geen reden zijn om haar loon te verlagen op grond van het argument, dat haar arbeidsproductiviteit is verminderd, of dat haar zwangerschap bijzondere voorzieningen nodig maakt die een vermindering van loon rechtvaardigen. Derhalve is zwangerschap overeenkomstig artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117 van generlei invloed op de beloning zolang de vrouw werkt, dat wil zeggen *vóór haar zwangerschapsverlof*. Een andere oplossing zou zonder twijfel neerkomen op rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht.

27. Daarom moet artikel 1 van richtlijn 75/117, dat, zoals gezegd, als volgt luidt: „Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag en hierna te noemen ‚beginsel van gelijke beloning’, houdt in dat voor gelijke arbeid of

voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschafte ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning”, aldus worden uitgelegd, dat de zwangere vrouw, zolang zij werkt, op dezelfde wijze moet worden behandeld als in de situatie waarin zij verkeerde vóór het intreden van deze nieuwe toestand, dus vóór haar zwangerschap. *De gemeenschapswetgever geeft geen enkele aanwijzing omtrent het bedrag van dat loon. De bepaling van de hoogte van dat loon valt onder de bevoegdheid van de nationale bevoegde instanties.* Wel herinnert de gemeenschapswetgever eraan, dat het fundamentele beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen gebiedt, dat voor gelijke arbeid of voor arbeid van gelijke waarde aan mannen en vrouwen hetzelfde loon wordt betaald.

28. Met betrekking tot de in deze zaak beschreven feiten impliceert het beginsel van gelijke beloning dus, dat de zwangere werkneemster die na de maand april haar arbeid wegens zwangerschapsverlof onderbreekt, over de periode vóór haar zwangerschapsverlof, dat wil zeggen in de maanden gedurende welke zij daadwerkelijk heeft gewerkt, haar volledige, verhoogde, loon dient te ontvangen. Zo zal de werkneemster die in juli haar werk onderbreekt, recht hebben op nabetaaling van loon op basis van de volledige, in november toegekende verhoging, over de maanden april tot juli. Een andere oplossing zou neerkomen op schending van artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117.

29. In de onderhavige zaak komen verzoeksters in het hoofdgeding evenwel op tegen de



hoogte van het loon dat zij gedurende hun zwangerschapsverlof ontvingen, *dus in een periode waarin zij niet werkten*. Op basis van het beginsel van gelijke beloning bedoeld in artikel 119 van het Verdrag en in richtlijn 75/117 stellen zij, dat zij recht hebben op het loon dat zij zouden hebben verdiend indien zij waren blijven werken.

kan worden vergeleken met die van een man die om medische of andere redenen daartoe evenmin in staat is: „zwangerschap [is] immers op geen enkele wijze vergelijkbaar met een toestand van ziekte, en zeker niet met een situatie waarin iemand om niet-medische redenen niet beschikbaar is. Dergelijke situaties kunnen het ontslag van een vrouw rechtvaardigen zonder dat dit ontslag discriminerend is op grond van geslacht.”

30. Zoals wij hebben gezien, vereist de toepassing van dat beginsel dat er sprake is van discriminatie op grond van geslacht. Omtrent het begrip discriminatie is de vaste rechtspraak van het Hof helder en eenduidig.<sup>15</sup> Het Hof bevestigde dit onlangs nog in zijn arrest van 14 februari 1995, Schumacker, waarin het oordeelde:

32. Het zou a fortiori juridisch onjuist zijn, de situatie van een arbeidende werknemer te willen vergelijken met die van een werknemster met zwangerschapsverlof. Derhalve zijn artikel 119 van het Verdrag en artikel 1 van richtlijn 75/117 in deze zaak niet relevant.

„er [is] slechts sprake van discriminatie, wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties”.<sup>16</sup>

31. In een arrest van 14 juli 1994, Webb<sup>17</sup>, verklaarde het Hof evenwel voor recht, dat de situatie van een vrouw die wegens zwangerschap niet in staat is de taak te vervullen waarvoor zij in dienst is genomen, een situatie sui generis is, die op geen enkele wijze

33. Alvorens het laatste punt van dit eerste onderdeel van mijn betoog aan te vatten, wil ik evenwel nog opmerken, dat ik op grond van de processtukken niet met zekerheid kan uitsluiten dat een van de vorderingen van verzoeksters in het hoofdgeding gegrond is (betaling met terugwerkende kracht van de loonsverhoging<sup>18</sup>). Het in bovengenoemde gemeenschapsbepalingen vervatte beginsel van gelijke beloning staat immers niet toe, dat door het gezamenlijk effect van de wettelijke methode voor herberekening van het verhoogde WLZV<sup>19</sup> en de door verweerders in het hoofdgeding vastgestelde regeling voor de toekenning van de loonsverhoging<sup>20</sup> met name de bijzondere categorie van zwangere

15 — Zie onder meer het arrest van 13 november 1984 (zaak 283/83, Racke, Jurispr. 1984, blz. 3791, r. o. 7).

16 — Zaak C-279/93, Jurispr. 1995, blz. I-225, r. o. 30.

17 — Zaak C-32/93, Jurispr. 1994, blz. I-3567, r. o. 25.

18 — Zie punt 6 van deze conclusie.

19 — Zie de punten 11-15 van deze conclusie.

20 — Zie punt 4 van deze conclusie.

werkneemsters van de toegekende loonsverhoging wordt uitgesloten. Het staat in ieder geval aan de verwijzende rechter dit te verifiëren.

**III — Houdt het in richtlijn 76/207 vervatte beginsel dat de zwangere vrouw wettelijk recht heeft op bescherming, de verplichting in om het loon van de werkneemster met zwangerschapsverlof door te betalen?**

Ook het antwoord op deze vraag vergt een analyse van de inhoud en de draagwijdte van dat beginsel.

34. Naar mijn mening dient deze prejudiciële vraag op basis van richtlijn 76/207 eveneens ontkennend te worden beantwoord, en wel om drie essentiële redenen: de letter van de betrokken gemeenschapsregeling, de ratio legis alsmede de rechtspraak van het Hof.

35. *In de eerste plaats* bevat richtlijn 76/207 geen enkele bepaling of aanwijzing omtrent de hoogte van het gedurende het zwangerschapsverlof aan de werkneemster toekomende loon. De artikelen 2, leden 1 en 3, en 5, lid 1, van deze richtlijn behelzen het beginsel dat de zwangere werkneemster recht heeft op bescherming. De richtlijn machtigt de Lid-Staten derhalve subsidiair specifieke beschermingsmaatregelen ten behoeve van

vrouwen te nemen, *maar heeft niet tot doel een harmonisatie op dit gebied tot stand te brengen. Deze aangelegenheid, dat wil zeggen de vaststelling van de hoogte van het loon van de werkneemster gedurende haar zwangerschapsverlof, valt dus onder de uitsluitende bevoegdheid van de Lid-Staten.*

36. De enige harmonisatiemaatregel in richtlijn 76/207 — *dit volgt uit artikel 2, lid 1, juncto artikel 5, lid 1* — is het verbod van ontslag gedurende het zwangerschapsverlof. Het Hof heeft dit trouwens steeds zo beslist, waar het voor recht verklaarde, dat een dergelijk ontslag een rechtstreeks op het geslacht gebaseerde discriminatie vormt.<sup>21</sup> Ook heeft het Hof de weigering om iemand wegens zwangerschap in dienst te nemen, met een dergelijk ontslag gelijkgesteld.<sup>22</sup>

37. *In de tweede plaats* wordt de ratio legis van deze richtlijn duidelijk uiteengezet in de considerans ervan, waarin wordt verwezen naar de resolutie van de Raad van 21 januari 1974. De richtlijn maakt deel uit van het sociale actieprogramma dat de gemeenschapswetgever reeds in 1974 aankondigde. Zij heeft tot doel de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen uit te breiden tot de toegang tot het arbeidsproces *en de andere arbeidsvoorwaarden dan die met betrekking tot de belo-*

<sup>21</sup> — Zie in deze zin het arrest van 5 mei 1994 (zaak C-421/92, Habermann-Beltermann, Jurispr. 1994, blz. I-1657, r. o. 26) en het arrest Webb, reeds aangehaald, r. o. 17.

<sup>22</sup> — Zie in deze zin het arrest van 8 november 1990 (zaak C-177/88, Dekker, Jurispr. 1990, blz. I-3941, r. o. 12 en 14).

ning.<sup>23</sup> Richtlijn 76/207 heeft immers niet tot doel de bepalingen met betrekking tot de beloning te harmoniseren — met name daarvoor is richtlijn 75/117 vastgesteld<sup>24</sup> — en evenmin om een specifieke gemeenschapsregeling ter bescherming van de zwangere werknemster in te voeren. Richtlijn 76/207 heeft tot doel de gelijkheid van kansen voor mannen en vrouwen te herstellen „door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden”.<sup>25</sup> De richtlijn legitimeert afwijkingen van het strikte beginsel van gelijkheid van de geslachten om de tot ongelijkheid leidende gevolgen van de biologische gesteldheid van de vrouw gedurende deze zeer bijzondere periode te verminderen of op te heffen. Met andere woorden, deze richtlijn, die de bescherming van de vrouw in geval van zwangerschap en moederschap regelt, wil, zoals het in de doctrine heet, „door aan vrouwen bepaalde rechten voor te behouden, of zelfs door hun bepaalde schadelijke activiteiten te ontzeggen, in concreto de gelijkheid herstellen die bij een strikte gelijkheid van rechtsnormen zou worden aangetast”.<sup>26</sup> Dienaangaande kom ik tot dezelfde opvatting als advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie van 6 april 1995 in de thans aanhangige zaak Kalanke.<sup>27</sup>

38. *In de derde plaats* kan ook uit de rechtspraak van het Hof worden geconcludeerd, dat geen enkele bepaling van richtlijn 76/207 een bevestigend antwoord op de door de Court of Appeal gestelde vragen mogelijk maakt.

39. In de eerste plaats heeft het Hof zich in een arrest van 12 juli 1984, Hofmann, over de ratio legis van de richtlijn uitgesproken als volgt:

„men [heeft] in de richtlijn geen vragen van gezinsstructuur willen regelen en in de taakverdeling tussen de echtelieden geen wijziging willen brengen”.<sup>28</sup>

„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, tweëerlei 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 bevalling 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.”<sup>29</sup>

40. Het Hof heeft de Lid-Staten dus de mogelijkheid gegeven om uitzonderingsbe-

23 — Dit volgt uit de analyse van de tweede en derde overweging van de considerans van richtlijn 76/207.

24 — Ibidem. Dat betekent echter niet harmonisatie van de hoogte van het loon.

25 — Artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207.

26 — Darmon M. en Huglo J. G.: „L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un univers en expansion”, RTDE (1) januari-maart 1992, blz. 10.

27 — Zaak C-450/93, punt 17.

28 — Zaak 184/83, Jurispr. 1984, blz. 3047, r. o. 24.

29 — Ibidem, r. o. 25.

palingen ten behoeve van zwangere vrouwen in te voeren, maar heeft daarbij grenzen gesteld aan de hun toegekende beoordelingsvrijheid.

41. In een arrest van 15 mei 1986, Johnston<sup>30</sup>, oordeelde het Hof dat artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 strikt dient te worden uitgelegd:

„dat evenals het tweede lid van artikel 2 van de richtlijn, ook het derde lid, dat eveneens de draagwijdte van artikel 3, lid 2, sub c, bepaalt, strikt moet worden uitgelegd. Uit de uitdrukkelijke vermelding van zwangerschap en moederschap in de richtlijn blijkt, dat deze de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw alsook van de bijzondere relatie tussen moeder en kind wil verzekeren. Deze bepaling van de richtlijn staat derhalve niet toe, dat vrouwen de toegang tot een bepaalde betrekking wordt ontzegd, op grond dat de publieke opinie verlangt dat vrouwen meer dan mannen worden beschermd tegen mannen en vrouwen gelijkelijk betreffende gevaren, die verschillen van de specifieke behoeften aan bescherming van de vrouw, zoals de uitdrukkelijk genoemde.”

42. In een arrest van 25 oktober 1988, Commissie/Frankrijk<sup>31</sup>, bevestigde het Hof dit standpunt met de uitspraak, dat artikel 2, lid 3, geen rechtvaardiging kan vormen voor maatregelen ter bescherming van vrouwen ter zake van hoedanigheden die niet alleen zij

kunnen bezitten, bij voorbeeld de hoedanigheid van oudere werknemer of van ouder van een kind.

43. Hiermee heeft het Hof de *discretionaire bevoegdheid van de Lid-Staten* ten aanzien van de door hen te nemen sociale maatregelen ter bescherming van de vrouw bij zwangerschap en moederschap *beperkt* tot enerzijds het bieden van compensatie voor de feitelijke nadelen waarvoor de vrouw zich, wat het behoud van haar betrekking betreft, met mannen vergeleken, gesteld ziet, en anderzijds *tot de bescherming van de vrouw in tweërlei opzicht zoals omschreven in het arrest Hofmann*, reeds aangehaald.<sup>32</sup>

44. Het Hof heeft zich eveneens uitgesproken over de vraag, hoe deze gemeenschapsbepalingen moeten worden uitgelegd *bij ontbreken van een bijzondere nationale regeling ter zake van maatregelen ten behoeve van zwangere vrouwen*.

45. Zo was aan het Hof in de zaak „Hertz”, waarin op 8 november 1990<sup>33</sup> arrest is gewezen, de vraag voorgelegd, of ontslag wegens herhaalde afwezigheid van de werknemster wegens een ziekte die haar oorsprong vond in zwangerschap, in strijd was met het bepaalde in richtlijn 76/207. Het Hof heeft — *bij ontbreken van een specifieke, door artikel 2, lid 3, gerechtvaardigde nationale bepaling* — niet willen aannemen, dat artikel 2, lid 1, juncto artikel 5, lid 1, van richt-

30 — Zaak 222/84, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 44.

31 — Zaak 312/86, Jurispr. 1988, blz. 6315, r. o. 12-16.

32 — R. o. 27.

33 — Zaak C-179/88 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, Jurispr. 1990, blz. I-3979).

lijn 76/207 zich daartegen verzet, en heeft voor recht verklaard, dat een dergelijk ontslag geen discriminerende maatregel was.<sup>34</sup>

46. Het Hof heeft de materiële werkingssfeer van de bescherming van zwangere werknemers waarin richtlijn 76/207 voorziet<sup>35</sup>, dus niet willen uitbreiden tot gevallen waarin nationale maatregelen ter uitvoering van het bepaalde in artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 ontbreken. Om die reden zal het Hof niet kunnen aanvaarden, dat een nationale wettelijke of contractuele bepaling die de werkgever niet verplicht het loon van een werknemer gedurende het zwangerschapsverlof onverkort door te betalen, in strijd is met het gemeenschapsrecht.

47. Bovendien is het loon dat verzoeksters in het hoofdgeding ontvangen, zoals de Ierse regering opmerkt, niet de enige prestatie die de werknemer met zwangerschapsverlof ontvangt. In het kader van het sociaal beleid van de Ierse overheid kunnen er andere prestaties ter bescherming van de werknemer worden verleend. Deze opmerking lijkt mij zeer belangrijk; zo overwoog het Hof in het reeds aangehaalde arrest Hofmann:

„De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft er terecht op gewezen dat zulke maatregelen [maatregelen ter bescherming van de

vrouw bij zwangerschap en moederschap] 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 beleidsruimte is gelaten.”<sup>36</sup>

48. Bij ontbreken van communautaire harmonisatiebepalingen valt derhalve niet staande te houden, dat een nationale wettelijke regeling die niet voorziet in doorbetaling van het loon gedurende het zwangerschapsverlof, in strijd is met artikel 2, lid 1, juncto artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207. Kiest men een andere oplossing, dan dreigt, zoals de Ierse regering heeft opgemerkt, het evenwicht in een algemeen stelsel van sociale bescherming te worden verstoord.

49. De gemeenschapswetgever heeft voorzien in een specifieke regeling ter bescherming van de werknemer tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, namelijk richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992.<sup>37</sup> Deze gemeenschapsrichtlijn, die de arbeidsvoorwaarden voor deze categorie van werknemers in de Lid-Staten beoogt te coördineren, is op 19 oktober 1994 in werking getreden. Hoewel deze richtlijn in de onderhavige zaak niet van toepassing is, dient erop te worden gewezen, dat de oorspronkelijke tekst inzake de bescherming op het werk van de zwangere en de kortelings bevallen vrouw, zoals

<sup>34</sup> — R. o. 19.

<sup>35</sup> — Het gaat om de bescherming bedoeld in artikel 2, lid 1, juncto artikel 5, lid 1, te weten bescherming tegen ontslag gedurende het zwangerschapsverlof. Zie punt 36 van deze conclusie.

<sup>36</sup> — R. o. 27, cursivering van mij.

<sup>37</sup> — Richtlijn inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn als bedoeld in artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB 1992, L 348, blz. 1).

de Commissie die op 17 oktober 1990<sup>38</sup> als voorstel aan de Raad had voorgelegd, in artikel 5<sup>39</sup> voorzag in doorbetaling van het loon gedurende het zwangerschapsverlof (en wel gedurende ten minste veertien weken). Dit voorstel is door de Raad niet overgenomen. In de plaats daarvan bepaalt artikel 11 van richtlijn 92/85:

„Rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst

Ten einde de werknemers in de zin van artikel 2 te waarborgen dat zij de in dit artikel erkende rechten inzake de bescherming van hun veiligheid en gezondheid kunnen doen gelden, wordt het volgende bepaald:

(...)

2. in het in artikel 8 bedoelde geval moeten worden gewaarborgd:

(...)

b) het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering van de werknemers in de zin van artikel 2;

3. de in punt 2, onder b, bedoelde uitkering wordt als adequaat beschouwd, wanneer zij een inkomen waarborgt dat gelijk is aan het inkomen dat de betrokken werknemer zou ontvangen in geval van een

onderbreking van haar werkzaamheden om gezondheidsredenen, binnen de grenzen van een eventueel, door de nationale wetten bepaald maximum.”

50. Dit is een *extra argument* voor het door mij verdedigde standpunt. Met de vaststelling van deze richtlijn heeft de Raad blijk gegeven van zijn bedoeling de bevoegdheid op het gebied van het recht op doorbetaling van het volledige loon gedurende het zwangerschapsverlof aan de Lid-Staten over te laten.

51. Mijn conclusie is derhalve, dat verzoeksters in het hoofdgeding ook aan richtlijn 76/207 geen argumenten kunnen ontleen voor hun stelling, dat de gemeenschapsbepalingen gebieden dat de werknemer gedurende haar zwangerschapsverlof haar volledige loon ontvangt. Bij gebreke van een specifieke gemeenschapsregeling ter zake behoort deze vraag dus tot de bevoegdheid van de Lid-Staten.

Antwoord op de tweede, derde en vierde vraag: nu het gemeenschapsrecht niet gebiedt dat de werknemer gedurende haar zwangerschapsverlof haar volledige loon ontvangt en geen enkel uitsluitel geeft omtrent de hoogte van het loon dat aan die werknemer moet worden betaald<sup>40</sup>, moeten dan criteria worden bepaald waaraan een lagere prestatie dan dat loon moet voldoen?

52. Bij gebreke van een gemeenschapsrechtelijke basis voor mijn betoog zou beantwoording van deze vraag neerkomen op een

38 — COM(90) 406 def. — SYN 303 (PB 1990, C 281, blz. 3).

39 — *Ibidem*, blz. 32.

40 — Zie de punten 22, 23, 27, 35, 37 en 48 van deze conclusie.

beoordeling van het gehele nationale sociale stelsel met betrekking tot de bescherming van de werkneemster gedurende haar zwangerschapsverlof, in zekere zin dus op een beoordeling van de wettigheid of zelfs de opportuniteit van het nationale recht. Vol-

gens vaste rechtspraak<sup>41</sup> staat het echter niet aan het Hof om uit een oogpunt van communautair recht een oordeel uit te spreken over de kenmerken van een door een der Lid-Staten genomen maatregel.

53. Concluderend geef ik het Hof in overweging de door de Court of Appeal gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 119 EEG-Verdrag, richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, en richtlijn 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, verplichten de Lid-Staten niet aan een vrouw die afwezig is van haar werk wegens het in de nationale wetgeving of in haar arbeidsovereenkomst geregelde zwangerschapsverlof, het volledige loon te betalen waarop zij recht zou hebben gehad indien zij op dat moment normaal voor haar werkgever had gewerkt.
- 2) Genoemde gemeenschapsbepalingen hebben geen betrekking op de hoogte van het loon waarop een vrouw tijdens haar zwangerschapsverlof recht heeft, zodat daaruit niet kan worden afgeleid aan welke criteria een lager bedrag dan het volledige loon moet beantwoorden.”

<sup>41</sup> — Arrest van 6 oktober 1970 (zaak 9/70, Grad, Jurispr. 1970, blz. 825).