

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 9 januari 1997 *

1. In deze zaak wordt het Hof verzocht om een antwoord op een prejudiciële vraag van de Franse Cour de cassation over de uitlegging van een aantal bepalingen 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 ¹ (hierna: „richtlijn 76/207”).

Deze vraag is gerezen in het kader van een beroep dat de Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (hierna: „CNAVTS”) heeft ingesteld tegen een vonnis dat de Conseil de prud'hommes de Melun in 1990 ten gunste van É. Thibault had gewezen.

2. Blijkens de verwijzingsbeschikking is Thibault in 1973 door de CNAVTS aangeworven als technisch ambtenaar en in 1983 bevorderd tot juridisch redacteur.

In de loop van dat jaar was de aanwezigheid van Thibault op het werk niet continu: ener-

zijds was zij gedurende in totaal 52 dagen met ziekteverlof (van 4 tot en met 13 februari, van 3 tot en met 16 maart en van 16 mei tot en met 12 juni); anderzijds was zij gedurende 16 weken met zwangerschapsverlof (van 13 juni tot en met 1 oktober) en daarna genoot zij overeenkomstig artikel 46 van de nationale collectieve arbeidsovereenkomst voor het personeel van de sociale-zekerheidsinstellingen (hierna: „collectieve overeenkomst”) zes weken extra verlof voor kinderverzorging (van 3 oktober tot en met 16 november). In 1983 was zij in totaal gedurende 155 dagen daadwerkelijk aanwezig op het werk.

3. Op basis van hoofdstuk XIII van het standaardreglement van orde voor de toepassing van de nationale collectieve arbeidsovereenkomst voor het personeel van de sociale-zekerheidsinstellingen (hierna: „reglement van orde”), waarin wordt bepaald, dat elke werknemer die gedurende het jaar ten minste zes maanden op het werk aanwezig was, moet worden beoordeeld, weigerde de CNAVTS Thibault voor 1983 een beoordeling te geven.

Omdat zij door haar hiërarchieke meerderen niet was beoordeeld, kon Thibault niet worden geplaatst op de lijst van de personeelsleden, gerangschikt volgens de behaalde cijfers, die in aanmerking komen voor de jaarlijkse

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

1 — PB L 39, blz. 40.

bevordering naar keuze (*avancement au choix*) in de vorm van een salarisverhoging van 2 %.

4. Thibault dagvaardde de CNAVTS voor de Conseil de prud'hommes de Paris met de vordering, dat zij over 1983 zou worden beoordeeld en dat haar de betrokken bevordering zou worden toegekend. Zij voerde aan, dat het wegens haar zwangerschapsverlof niet verrichten van een beoordeling een discriminerende maatregel vormde waardoor zij voor het betrokken jaar een kans op de bevordering naar keuze had verloren.

Bij vonnis van 17 december 1985 werd weerster ertoe veroordeeld, verzoekster voor de periode van 1 januari tot en met 31 december 1984 schadevergoeding te betalen omdat zij ten onrechte niet was bevorderd. De rechter oordeelde, dat het zwangerschapsverlof niet als afwezigheid kon worden aangemerkt voor het berekenen van de zes maanden daadwerkelijke aanwezigheid op het werk die recht geven op een beoordeling.

5. De CNAVTS stelde cassatieberoep in tegen dit vonnis. De Cour de cassation verbrak het vonnis op 9 februari 1989 en verwees de zaak naar de Conseil de prud'hommes de Melun voor een nieuw vonnis.

Bij vonnis van 24 januari 1990 wees deze rechterlijke instantie de vordering van Thibault toe op grond dat artikel L 123-1 van de Code du travail een duidelijk discriminatieverbod bevatte; dat de afwezigheid van Thibault gedurende haar zwangerschapsverlof als daadwerkelijke aanwezigheid had moeten worden aangemerkt voor de berekening van de periode die noodzakelijk is om het recht op een beoordeling te doen ontstaan; en dat verzoekster in dat geval gedurende meer dan zes maanden aanwezig was geweest, zodat haar hiërarchieke meerderen haar hadden moeten beoordelen. Zij veroordeelde de CNAVTS daarom tot betaling van een schadevergoeding van 3 334 FF voor 1984.

6. In het kader van het cassatieberoep dat de CNAVTS tegen dit laatste vonnis heeft ingesteld, heeft de Cour de cassation, gelet op het feit dat artikel L 123-1, sub c, van de Code du travail de omzetting in het nationale recht van richtlijn 76/207 vormt, besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Moeten de artikelen 1, lid 1, 2, lid 1, 5, lid 1, en in voorkomend geval 2, lid 4, van richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 aldus worden uitgelegd, dat zij verbieden dat een vrouw die wegens zwangerschap niet in de onderneming aanwezig is, het recht op een beoordeling en bijgevolg een promotiekans wordt onthouden?”

7. Volgens artikel 45 van de collectieve overeenkomst hebben zwangere werknemers die een minimumperiode in een instelling hebben gewerkt, recht op zestien weken zwangerschapsverlof met behoud van het volledige loon. Deze periode kan in bepaalde gevallen worden verlengd tot achtentwintig weken. Met dit verlof mag geen rekening worden gehouden voor het recht op ziekteverlof en het mag niet leiden tot een vermindering van het jaarlijks verlof. Bovendien kan de werknemer volgens artikel 46 na afloop van het zwangerschapsverlof aanspraak maken op een verlof van drie maanden met behoud van de helft van het loon, of op een verlof van anderhalve maand met behoud van het volledige loon, telkens met het recht op herplaatsing.

8. Volgens artikel L 122-26-2 van de Code du travail wordt de periode van het zwangerschapsverlof voor de vaststelling van de rechten die de werknemer aan haar anciënniteit ontleent, gelijkgesteld met een periode waarin daadwerkelijk is gewerkt. Ingevolge artikel L 123-1, sub c, van diezelfde code is het, behoudens bijzondere bepalingen van die code en behalve indien het geslacht de noodzakelijke voorwaarde is voor de uitoefening van een functie of een beroepsactiviteit, verboden op grond van het geslacht maatregelen te treffen ter zake van met name beloning, opleiding, tewerkstelling, kwalificatie, indeling, bevordering of overplaatsing.

9. De artikelen 29 tot en met 31 van de collectieve overeenkomst voorzien in een systeem van salarisverhoging volgens hetwelk

het salaris na verloop van tijd met maximaal 40 % kan stijgen. Enerzijds hebben de personeelsleden na afloop van het tweede jaar vanaf hun indiensttreding uitsluitend uit hoofde van hun anciënniteit recht op een salarisverhoging van 2 %.

Anderzijds kan na afloop van het derde jaar vanaf hun indiensttreding en tot een maximum van 24 % bovengenoemde 2 % verhoging naar keuze worden aangevuld met een tweede verhoging van 2 %, die wordt toegekend op grond van de plaats van het personeelslid op een lijst die jaarlijks wordt opgesteld op basis van de beoordeling die de hiërarchieke meerderen van het gedrag en de kwaliteit van het werk van het personeelslid hebben gegeven. Deze salarisverhoging naar keuze mag maximaal aan 40 % van het personeel van elke categorie worden toegekend.

Tussen 24 % en 40 % van het salaris bedraagt de verhoging 2 % per jaar en wordt zij uitsluitend toegekend op basis van de anciënniteit.

10. Hoofdstuk XIII van het reglement van orde bevat een nadere uitwerking van de artikelen 29 tot en met 31 van de collectieve overeenkomst. Met betrekking tot de 2 % salarisverhoging naar keuze wordt daarin

bepaald, dat elk personeelslid dat in de loop van het jaar minstens zes maanden aanwezig is, door zijn hiërarchieke meerderen moet worden beoordeeld.

11. Verder omschrijft het bijvoegsel van 13 november 1975 bij de collectieve arbeids-overeenkomst het begrip „beroepsuitoefening” als de daadwerkelijke aanwezigheid op het werk. Ingevolge artikel 3 van het bijvoegsel moeten met ingang van 1 juli 1973 voor het bepalen van de periode van „beroepsuitoefening” met het oog op de classificatie van de ambten niet alleen de perioden van daadwerkelijke aanwezigheid in aanmerking worden genomen, maar ook de navolgende afwezigheden: het jaarlijks verlof, de veranderlijke en uitzonderlijke vrije dagen, het verlof van korte duur, de mandaten van de vakbonds-vertegenwoordigers en diverse afwezigheden tot een maximum van vijf werkdagen per zes maanden.

Het bij een bijvoegsel van 15 december 1983 toegevoegde en op 16 januari 1984 in werking getreden artikel 3 bis bepaalt, dat het zwangerschapsverlof, net als de in artikel 3 genoemde afwezigheden, als periode van „beroepsuitoefening” in aanmerking moet worden genomen.

12. Artikel 1 van richtlijn 76/207 luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen

ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid. Dit beginsel wordt hierna „beginsel van gelijke behandeling” genoemd.

(...)

13. Artikel 2 van de richtlijn bepaalt:

„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 gezins-situatie.

(...)

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

4. Deze richtlijn vormt geen belemmering 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.”

ling, nietig zijn, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden.

(...)”

14. Ten slotte bepaalt artikel 5:

„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.

15. Binnen de in artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG gestelde termijn zijn schriftelijke opmerkingen ingediend en ter terechtzitting zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door de Franse regering, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie.

2. Te dien einde nemen de lidstaten de nodige maatregelen om te bereiken dat:

16. De Franse regering betoogt, dat richtlijn 76/207 in nationaal recht is omgezet, concreet in de vorm van artikel L 123-1 van de Code du travail, dat de schending van de bepalingen ervan onder strafbedreiging is gesteld, en dat het in de richtlijn neergelegde discriminatieverbod niet alleen in de wetgeving van de lidstaten, maar ook in het kader van de collectieve overeenkomsten tussen de sociale partners in acht moet worden genomen.

a) de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken;

Zij meent, dat de rechtspraak van het Hof volgens welke de weigering om een zwangere vrouw aan te werven² of het ontslaan van een zwangere vrouw³ discriminerend is,

b) de bepalingen in collectieve of in individuele arbeidsovereenkomsten, in arbeidsreglementen van bedrijven alsmede in de statuten van vrije beroepen, welke strijdig zijn met het beginsel van gelijke behande-

2 — Arrest van 8 november 1990, Dekker (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941).

3 — Arrest van 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567).

ook moet worden toegepast op het recht om te worden beoordeeld en op het recht op promotiekansen, aangezien zij deel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 5 van richtlijn 76/207.

De Franse regering stelt het Hof voor, de prejudiciële vraag van de Cour de cassation bevestigend te beantwoorden.

In het geval van Thibault had de werkgever de periode van het zwangerschapsverlof moeten loskoppelen van de periode van het ziekteverlof, daar alleen het ziekteverlof voor de toepassing van hoofdstuk XIII van het reglement van orde als afwezigheid van het werk kan gelden zonder dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geschonden; het is immers in strijd met de rechtspraak van het Hof inzake gelijke behandeling, zwangerschapsverlof gelijk te stellen met afwezigheid van het werk om een andere reden, aangezien dat in dit geval tot gevolg had, dat de betrokkene over 1983 niet is beoordeeld, hetgeen een noodzakelijke voorwaarde was om te worden opgenomen op de lijst van personeelsleden die de bevordering naar keuze in de vorm van een salarisverhoging van 2 % kunnen krijgen.

De Franse regering voegt daaraan toe, dat niet de toepasselijke wetten en overeenkomsten aan deze discriminerende behandeling ten grondslag liggen, maar de uitlegging die de CNAVTS daarvan heeft gegeven, aangezien de werkgever in geen geval verplicht was het zwangerschapsverlof als een periode van afwezigheid van het werk te beschouwen, en deze teksten door de nationale rechter aldus moeten worden uitgelegd dat zij in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht.

17. Het Verenigd Koninkrijk meent, dat Thibault niet het slachtoffer is geworden van discriminatie op grond van geslacht, en wel om vier redenen: in de eerste plaats omdat haar afwezigheid van het werk de reden is waarom zij niet is beoordeeld; in de tweede plaats omdat de situatie van een vrouw die wegens zwangerschapsverlof niet op het werk aanwezig is, niet kan worden vergeleken met de situatie van een man of vrouw die werkt; in de derde plaats omdat het, onverminderd de bepalingen van richtlijn 92/85/EEG⁴, aan de lidstaten staat te bepalen welke rechten vrouwen tijdens hun zwangerschapsverlof genieten, en ten slotte, omdat richtlijn 76/207 niet het recht verleent om de perioden van afwezigheid wegens moederschap aan te merken als perioden van arbeid die recht op beoordeling kunnen geven.

Het Verenigd Koninkrijk geeft het Hof in overweging, op de vraag van de nationale rechter te antwoorden, dat wanneer het recht van de werknemer om voor een bepaalde periode te worden beoordeeld, afhankelijk is gesteld van een minimumperiode van aanwezigheid op het werk, richtlijn 76/207 de werkgever niet verplicht deze beoordeling te

⁴ — Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 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 in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB L 348, blz. 1).

geven aan een werkneemster die wegens zwangerschapsverlof deze minimumperiode niet heeft vervuld.

18. De Commissie herinnert eraan, dat zwangerschap een toestand is waarin enkel vrouwen zich kunnen bevinden, en dat het eenvoudigweg gelijkstellen van zwangerschapsverlof met afwezigheid wegens ziekte derhalve een rechtstreekse discriminatie vormt aangezien het om twee verschillende situaties gaat, welke discriminatie niet wordt weggenomen door het feit dat het criterium dat bepalend is voor toepassing van de norm, te weten de afwezigheid van het werk gedurende meer dan zes maanden in het betrokken jaar, neutraal is. Zij stelt voorts, dat de weigering om een zwangere vrouw in de genoemde omstandigheden te beoordelen, een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt omdat die weigering gebaseerd is op een wijze van berekening van de perioden van afwezigheid van het werk die uitsluitend zwangere vrouwen benadeelt.

De Commissie is van mening, dat de prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord.

19. Gezien de tegenstellingen tussen de verschillende standpunten wil ik meteen zeggen, dat ik het volledig oneens ben met de standpunten en de oplossing die het Verenigd Koninkrijk in zijn schriftelijke opmerkingen heeft geformuleerd, en dat ik mij daarentegen grotendeels kan aansluiten bij de redeneringen van de Franse regering en de Commissie.

20. Uitgaande van de premisse, dat de gelijkheid, zoals zij door het grondwettelijk hof van een van de lidstaten is omschreven, „(...) geen realiteit, noch een mathematisch, abstract begrip is, maar ongelijke behandeling van wat ongelijk is, en gelijke behandeling van wat soortgelijk of gelijksoortig is”⁵, en gelet op de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke „(...) er slechts sprake is van discriminatie, wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties”⁶, zal ik nu onderzoeken of de in geding zijnde bepaling van de overeenkomst — die op mannen en vrouwen gelijkelijk van toepassing is — waarbij zwangerschapsverlof eenvoudigweg wordt gelijkgesteld met ziekteverlof, de gelijke behandeling garandeert doordat beide situaties vergelijkbaar blijken te zijn, dan wel of deze bepaling een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt omdat zij dezelfde regel op verschillende situaties toepast door voor de berekening van de aanwezigheid op het werk rekening te houden met een verlof dat alleen vrouwen kunnen genieten.

21. Wat de bescherming van de werkneemster tijdens haar zwangerschap of na de bevalling betreft, bepaalt artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207, dat de lidstaten bepalingen mogen vaststellen die een verschil in behandeling in het leven roepen. Het Hof overwoog reeds in het arrest Hofmann⁷, dat „in de richtlijn, waarin aan de lidstaten het recht wordt voorbehouden om bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met

5 — Arrest 29/1987 van het Tribunal Constitucional español van 6 maart 1987, punt 5, sub b (BOE van 24 maart 1987).

6 — Arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30).

7 — Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25).

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 bevalling hebben hersteld, anderzijds heeft men de bijzondere relatie tussen moeder en kind willen beschermen (...)”

materiële gelijkheid te bereiken en niet een formele, die de gelijkheid teniet zou doen.”⁸

23. In dit geval gaat het evenwel niet om op basis van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 vastgestelde nationale bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, maar om de toepassing van het in artikel 5, lid 1, van die richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces en de arbeidsvoorwaarden.

Het zwangerschapsverlof, waarin wordt voorzien door de artikelen 45 en 46 van de collectieve overeenkomst die de arbeidsrelatie van Thibault regelt, dat in de regel verdeeld wordt over de weken onmiddellijk vóór en na de bevalling en dat alleen vrouwen kunnen genieten, valt ongetwijfeld onder deze uitzondering.

24. Bij de uitlegging van richtlijn 76/207 heeft het Hof in duidelijke en vaste rechtspraak zijn mening gegeven over de ongunstige behandeling die een vrouw wegens haar zwangerschap op de arbeidsmarkt te beurt valt.

22. Op dat punt ben ik het eens met de navolgende overweging van advocaat-generaal Tesaro: „Welbeschouwd kunnen de ter uitvoering van artikel 2, lid 3, van de richtlijn vastgestelde regels slechts in ongelijke zin als uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel worden aangemerkt, omdat zij veeleer de materiële gelding van het gelijkheidsbeginsel dienen te garanderen, door de ter verwezenlijking daarvan noodzakelijke „ongelijkheden” toe te staan. Het gaat uiteindelijk om gevallen waarin ter bescherming van werknemers een andere behandeling is toegestaan of geboden, teneinde een

In het arrest Dekker⁹ oordeelde het Hof, dat een werkgever direct in strijd handelt met het beginsel van gelijke behandeling, bedoeld in de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207, wanneer hij weigert met een door hem geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond van de mogelijke nadelige gevolgen die voor hem van de aanstelling van een zwangere

⁸ — Arrest van 5 mei 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Jurispr. blz. I-6757, punt 11 van de conclusie).

⁹ — Aangehaald in voetnoot 2, punt 14.

vrouw zijn te verwachten ten gevolge van een regeling van de overheid betreffende arbeidsongeschiktheid, waarin met verhoging om dienst te verrichten wegens ziekte wordt gelijkgesteld verhoging in verband met zwangerschap en bevalling.

In het arrest Hertz ¹⁰ van dezelfde datum verklaarde het Hof: „Uit bovenstaande bepalingen van de richtlijn [artikel 2, leden 1 en 3, en artikel 5, lid 1] volgt, dat ontslag van een vrouwelijke werknemer wegens zwangerschap een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt, evenals de weigering om een zwangere vrouw in dienst te nemen.”

25. Enkele jaren later bevestigde het Hof deze rechtspraak in het arrest Habermann-Beltermann ¹¹, waar het oordeelde, dat „artikel 2, lid 1, gelezen in samenhang met de artikelen 3, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207 zich ertegen verzet, dat een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur betreffende 's nachts te verrichten arbeid, die is gesloten tussen een werkgever en een zwangere werknemster, die geen van beide op de hoogte waren van de zwangerschap, wordt nietig verklaard wegens het krachtens nationaal recht geldende wettelijke verbod van nachtarbeid tijdens de zwangerschap en de lactatie, en dat deze overeenkomst door de werkgever wordt opgezegd wegens dwaling omtrent de wezenlijke eigenschappen van de werknemster bij de sluiting van de overeenkomst”.

26. In het arrest Webb ¹² weigerde het Hof in te gaan op het verzoek van de verwijzende rechter om te onderzoeken, of de situatie van een vrouw die wegens een zwangerschap die zeer kort na het sluiten van de arbeidsovereenkomst is gebleken, niet in staat is de taak te vervullen waarvoor zij in dienst is genomen, kan worden vergeleken met die van een man die om medische of andere redenen daartoe evenmin in staat is. Het overwoog immers, dat „zwangerschap (...) op geen enkele wijze vergelijkbaar is met een toestand van ziekte, en zeker niet met een situatie waarin iemand om niet-medische redenen niet beschikbaar is”. Het voegde daaraan toe, dat „het ontslag van een zwangere vrouw die voor onbepaalde tijd in dienst is genomen, niet kan worden gebaseerd op redenen die zijn ontleend aan haar ongeschiktheid om aan een van de essentiële voorwaarden van haar arbeidsovereenkomst te voldoen. De beschikbaarheid van de werknemer is voor de werkgever noodzakelijkerwijs een essentiële voorwaarde voor de goede uitvoering van de arbeidsovereenkomst, maar de door het gemeenschapsrecht aan de vrouw tijdens haar zwangerschap en na de bevalling gegarandeerde bescherming mag er niet van afhangen, of de aanwezigheid van de betrokkene tijdens de periode van zwangerschap en bevalling voor de goede gang van zaken bij de onderneming waar zij werkzaam is, onontbeerlijk is. Een andere uitlegging zou de bepalingen van de richtlijn hun nuttig effect ontnemen.”

27. Uit deze rechtspraak blijkt, dat elke beslissing van de werkgever, die de mogelijkheden van toegang tot een betrekking ongunstig beïnvloedt op grond van het geslacht van de candidate, of die de haar aangeboden arbeidsvoorwaarden wijzigt ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden van een

¹⁰ — Arrest van 8 november 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Jurispr. blz. I-3979, punt 13).

¹¹ — Aangehaald in voetnoot 8, punt 26.

¹² — Aangehaald in voetnoot 3, punten 24-26.

man, een met richtlijn 76/207 onverenigbare rechtstreekse discriminatie vormt.

28. Voor mij staat vast, dat de regel van hoofdstuk XIII van het als bijlage bij de collectieve overeenkomst gevoegde reglement van orde, volgens welke elke werknemer die minstens zes maanden aanwezigheid in het jaar aantoon, door zijn hiërarchieke meerderen moet worden beoordeeld, welke beoordeling een noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde is om de bevordering naar keuze in de vorm van een salarisverhoging van 2 % te krijgen, voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van de richtlijn als een arbeidsvoorwaarde moet worden aangemerkt.

29. Net als de Commissie wijs ik erop, dat deze regel, die voor het recht op beoordeling een minimum van zes maanden aanwezigheid op het werk vereist, een neutraal criterium invoert dat op mannen en vrouwen gelijkmatig van toepassing is en in beginsel de enen noch de anderen benadeelt, aangezien zij allen bijvoorbeeld afwezig kunnen zijn wegens ziekte. Duidelijk is evenwel, dat deze regel in werkelijkheid vrouwen systematisch kan benadelen wanneer de werkgever op grond van die regel kan weigeren een werknemer te beoordelen wanneer haar afwezigheid gedurende het betrokken jaar voor een groot deel te wijten is aan haar zwangerschapsverlof.

30. De wijze waarop de CNAVTS deze regel toepast, heeft immers tot gevolg, dat elke

werkneemster die haar volledige zwangerschapsverlof binnen hetzelfde jaar geniet, niet kan voldoen aan het voor het recht op beoordeling geldende vereiste van zes maanden aanwezigheid, hoe weinig zij ook met ziekteverlof was, waarbij ook niet mag worden vergeten, dat volgens artikel 45 van de collectieve overeenkomst het zwangerschapsverlof, dat in de regel 16 weken duurt, in bepaalde omstandigheden tot 26 of 28 weken kan oplopen. Het spreekt voor zich, dat de vrouw in het laatste geval, louter omdat zij van een meerling is bevallen, geen recht heeft op een beoordeling door haar hiërarchieke meerderen van haar gedrag op de dienst en van de kwaliteit van haar werk voor de rest van het jaar.

31. Mijns inziens vormt het recht van elke werknemer op een jaarlijkse beoordeling van zijn prestaties een integrerend onderdeel van de voorwaarden van zijn arbeidsovereenkomst, te meer wanneer de beoordeling of de afwezigheid daarvan dermate concrete gevolgen heeft zoals, in het eerste geval, de mogelijkheid om te worden geplaatst op de lijst van degenen die in aanmerking komen voor een bevordering naar keuze in de vorm van 2 % salarisverhoging wanneer de beoordeling voldoende gunstig was, of de uitsluiting van deze mogelijkheid in het tweede geval.

In die omstandigheden ligt het mijns inziens voor de hand, dat de gelijkstelling van de periode van zwangerschapsverlof met een afwezigheid wegens ziekte de vrouw die bevallen is rechtstreeks benadeelt, aangezien door die bevalling het gevaar dat zij voor dat jaar niet wordt beoordeeld, veel groter is dan voor een man, bij wie voor dezelfde periode

alleen rekening kan worden gehouden met de afwezigheden wegens ziekte.

32. Mijns inziens heeft de onderzochte regel uit de overeenkomst discriminerende gevolgen doordat hij op verschillende situaties op dezelfde wijze wordt toegepast. Om de nagestreefde gelijke behandeling te verwezenlijken, moet hetgeen in feite verschillend is, dus op verschillende wijze worden behandeld.

33. Gelet op het feit, dat de fundamentele gelijkheid van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid vereist dat noch bij de toegang tot het arbeidsproces, noch gedurende de arbeidsverhouding rekening wordt gehouden met een gebeurtenis die — per definitie — alleen vrouwen kan betreffen¹³, mag bij de berekening van de aanwezigheid van een werknemer op het werk om haar recht op beoordeling vast te stellen, de periode van zwangerschapsverlof niet worden opgeteld bij de periodes van ziekteverlof, noch bij de om een andere reden gerechtvaardigde afwezigheden.

34. Toegegeven moet worden, dat aangezien de hiërarchieke meerderen een aantal aspecten van de prestaties van de werknemer tijdens een bepaalde periode moeten beoordelen, het vereiste van een minimumperiode van aanwezigheid op het werk tamelijk logisch is en niet kan worden geacht onevenredig te zijn met het daarmee nagestreefde

doel, namelijk ervoor te zorgen, dat zij zich op een redelijke periode kunnen baseren om de prestaties van de werknemer te beoordelen. Niets wijst er evenwel op, dat deze periode noodzakelijkerwijze en zonder uitzondering zes maanden moet bedragen, en ik ben er niet van overtuigd, dat het onmogelijk is een beoordeling te geven over een kortere periode.

Wat er ook van zij, aangezien er sprake is van een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht, behoeft de vraag naar een eventuele rechtvaardiging niet te worden gesteld.

35. Ter terechtzitting betoogde de vertegenwoordiger van het Verenigd Koninkrijk, dat de rechtspraak van het Hof in de zaak *Gillespie* e. a.¹⁴ op deze zaak kan worden toegepast. In dat arrest overwoog het Hof, dat „vrouwen die een in de nationale wettelijke regeling voorzien zwangerschapsverlof genieten, zich in een specifieke situatie [bevinden] die bijzondere bescherming verlangt, doch niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man of met die van een vrouw die haar arbeid daadwerkelijk verricht”. Hij leidt daaruit af, dat Thibault geen recht heeft op beoordeling over 1983 aangezien zij niet gedurende ten minste zes maanden op het werk aanwezig was. In het tegenovergestelde geval zou zij immers op dezelfde wijze worden behandeld als een man of een vrouw die wel heeft gewerkt.

13 — Conclusie van advocaat-generaal Darmon, Dekker, aangehaald in voetnoot 2, punt 26, en van advocaat-generaal Tesouro, Webb, aangehaald in voetnoot 3, punt 8.

14 — Arrest van 13 februari 1996 (C-342/93, Jurispr. blz. I-475, punt 17).

36. Met deze stelling ben ik het niet eens, en wel om twee redenen. In de eerste plaats omdat het in de zaak Gillespie ging om de toepassing van het in artikel 119 van het Verdrag neergelegde en in richtlijn 75/117/EEG¹⁵ gepreciseerde beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor hetzelfde werk. Het Hof verklaarde voor recht, dat dit beginsel niet de verplichting inhoudt om vrouwelijke werknemers tijdens hun zwangerschapsverlof het volledige loon door te betalen, hetgeen een logische conclusie lijkt daar vrouwen tijdens hun zwangerschapsverlof niet werken.

lijk verrichte, het discriminatieverbod eist, dat de werkneemster een tussen het begin van de door het referentieloon gedekte periode en het einde van het zwangerschapsverlof ingetreden loonsverhoging ontvangt, en dit zelfs met terugwerkende kracht. Het Hof voegde daaraan toe, dat wanneer een werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof van een dergelijke verhoging wordt uitgesloten, zij wordt gediscrimineerd op de enkele grond van haar hoedanigheid van werknemer, aangezien zij het hogere loon zou hebben ontvangen indien zijn niet zwanger was geweest.

In deze zaak gaat het evenwel om de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en het Hof heeft in het arrest Gillespie e. a. overwogen, dat uit de tweede overweging van de considerans van richtlijn 76/207 blijkt, dat deze richtlijn niet van toepassing is op het beginsel van gelijke beloning.

Al zou het arrest Gillespie e. a. op deze zaak van toepassing blijken te zijn, dan wordt daardoor mijns inziens alleen maar bevestigd, dat het gelijkstellen van zwangerschapsverlof met ziekteverlof voor de berekening van de aanwezigheid op het werk om te bepalen of een werkneemster recht heeft op een beoordeling, discriminatie oplevert. De door het Hof gebruikte formules kan namelijk worden overgenomen en aldus aan deze zaak worden aangepast, dat wanneer een vrouw het recht op beoordeling wordt geweigerd omdat zij wegens haar zwangerschapsverlof niet op het werk aanwezig was, zij wordt gediscrimineerd op de enkele grond van haar hoedanigheid van werknemer aangezien dit recht haar niet had kunnen worden geweigerd indien zij niet zwanger was geweest en niet was bevalen.

37. In de tweede plaats, zelfs al zou ik de rechtspraak van het arrest Gillespie e. a. op deze zaak van toepassing achten, dan nog zou ik het oneens zijn met de conclusies die het Verenigd Koninkrijk daaruit trekt. Het Hof verklaarde in dat arrest immers ook, dat aangezien de tijdens het zwangerschapsverlof betaalde uitkering wordt berekend op basis van het gemiddelde loon dat de werkneemster ontving toen zij haar arbeid daadwerke-

38. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging op de prejudiciële vraag te antwoorden, dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 aldus moet worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen een, weliswaar neutraal geformuleerde, nationale bepaling uit overeenkomst volgens welke de werknemer die

15 — Richtlijn van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45, blz. 19).

ten minste zes maanden aanwezigheid op het werk aantoon, door zijn hiërarchieke meerderen zal worden beoordeeld, maar waarvan de toepassing in de praktijk een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht oplevert, omdat zij toestaat, dat voor de berekening van de periode van aanwezigheid van de werknemer op het werk zwangerschapsverlof als ziekteverlof wordt aangemerkt.

39. Ik wil niet eindigen zonder een laatste precisering. In haar opmerkingen betoogt de Franse regering, dat de discriminatie waarvan Thibault het slachtoffer was, niet voortvloeit uit de wettelijke bepalingen — dat wil zeggen artikel L 123-1 van de Code du travail waarbij richtlijn 76/207 in nationaal recht is omgezet — noch uit de toepasselijke bepalingen van de overeenkomst — te weten de collectieve overeenkomst en het reglement van orde — maar uit de uitlegging die de CNAVTS van deze teksten heeft gegeven.

40. Hiermee ben ik het slechts ten dele eens. Deze teksten verplichten de werkgever weliswaar niet, om het zwangerschapsverlof als afwezigheid van het werk te beschouwen voor het ontstaan van het recht op beoordeling, maar zij verbieden de werkgever evenmin dit te doen, waardoor zij in feite de uitlegging mogelijk maken die de CNAVTS in het geval van Thibault heeft gegeven.

41. Ingevolge artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 76/207 moeten de lidstaten de

nodige maatregelen nemen om te bereiken, dat de bepalingen in onder meer collectieve arbeidsovereenkomsten en arbeidsreglementen van bedrijven, welke strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling, nietig zijn, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden. Hoewel artikel L 123-1 van de Code du travail richtlijn 76/207 correct in nationaal recht heeft omgezet, geeft de handhaving van de in geding zijnde regel in het reglement van orde van de collectieve overeenkomst mijns inziens aanleiding tot „een dubbelzinnige feitelijke situatie, doordat de betrokken rechtssubjecten in een toestand van onzekerheid worden gehouden over hun mogelijkheden om zich op het gemeenschapsrecht te beroepen”.¹⁶

Een goed bewijs hiervan vormt het feit, dat zowel Thibault voor de nationale rechterlijke instanties, als de Franse regering en de Commissie in hun schriftelijke en mondelinge opmerkingen in deze prejudiciële procedure, om aan te tonen dat het nationale recht de door de CNAVTS gegeven uitlegging niet toestond, beroep hebben moeten doen op enerzijds artikel L 122-26-2 van de Code du travail, dat enkel geldt voor de berekening van de anciënniteit, en anderzijds artikel 3 bis van het bijvoegsel van 13 november 1975 bij de collectieve arbeidsovereenkomst, dat alleen geldt voor de classificatie van de ambten. Laatstgenoemde bepaling is hoe dan ook niet vóór januari 1984 in werking getreden, dus na het relevante jaar.

16 — Arrest van 4 april 1974, Commissie/Frankrijk (167/73, Jurispr. blz. 359, punt 41).

42. In die omstandigheden moet worden herinnerd aan de rechtspraak van het Hof, volgens welke „elke nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan, dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen”.¹⁷ Bovendien heeft het Hof ook overwogen, dat „bij de

toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, de nationale rechter dit zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, van het Verdrag te voldoen”.¹⁸

Conclusie

43. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 5, lid 1, 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, moet aldus worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen een, weliswaar neutraal geformuleerde, nationale bepaling uit overeenkomst, volgens welke de werknemer die ten minste zes maanden aanwezigheid op het werk aantoon, door zijn hiërarchieke meerderen zal worden beoordeeld, maar waarvan de toepassing in de praktijk een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht oplevert omdat zij toestaat, dat voor de berekening van de periode van aanwezigheid van de werknemer op het werk zwangerschapsverlof als ziekteverlof wordt aangemerkt.”

¹⁷ — Arrest van 16 december 1993, *Wagner Miret* (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 20).

¹⁸ — Arrest van 13 november 1990, *Marleasing* (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8).