CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 10 september 2019[1]

Zaak C-450/18

WA
tegen
Instituto Nacional de la Seguridad Social

[verzoek van de Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (arbeidsrechtbank nr. 3 Girona, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrouwelijke en mannelijke werknemers – Gelijke behandeling op het gebied van sociale zekerheid – Richtlijn 79/7/EEG – Arbeidsongeschiktheidspensioen – Toekenning van pensioentoeslag aan moeders die twee of meer kinderen hebben en een premiegebonden socialezekerheidspensioen ontvangen – Artikel 157, lid 4, VWEU – Positieve actie – Maatregelen gericht op compensatie van loopbaangerelateerde nadelen voor vrouwelijke werknemers”

I. Inleiding

1. Naar Spaans recht hebben *vrouwen die twee of meer biologische of geadopteerde kinderen hebben* recht op een toeslag op hun premiegebonden socialezekerheidsuitkering uit hoofde van pensionering, weduwschap of blijvende arbeidsongeschiktheid. Verzoeker in het hoofdgeding (hierna: „verzoeker”), een vader van twee dochters, is opgekomen tegen een besluit van de nationale socialezekerheidsinstantie die weigerde hem een soortgelijke toeslag op zijn pensioen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid toe te kennen.

2. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de nationale bepaling die aan vrouwen een pensioentoeslag toekent, welk recht niet aan mannen wordt toegekend, een schending vormt van het Unierechtelijke verbod op discriminatie op grond van geslacht.

3. Het Hof heeft eerder de gelegenheid gehad in te gaan op de kwestie van pensioenstelsels waarbij uitsluitend aan vrouwelijke werknemers voordelen worden toegekend die verband houden met moederschap. De zaken Griesmar[2] en Leone[3] hadden echter betrekking op bedrijfspensioenen voor ambtenaren, waarop het beginsel van gelijke beloning van artikel 157 VWEU van toepassing iss. In de onderhavige zaak wordt het Hof verzocht toe te lichten of een vergelijkbare benadering ook van toepassing is op zaken betreffende uitkeringen die deel uitmaken van een algemene socialezekerheidspensioenregeling.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Arrest van 29 november 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

3 Arrest van 17 juli 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Zoals blijkt uit de derde overweging van richtlijn 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid[4] „[vormt] de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid geen beletsel [...] voor de bepalingen inzake bescherming van de vrouw wegens moederschap, en [...] [kunnen] de lidstaten in dit kader ten gunste van de vrouw specifieke bepalingen [...] vaststellen om de bestaande ongelijke behandeling op te heffen".

5. Richtlijn 79/7 beoogt, zoals uit artikel 1 blijkt, „de geleidelijke tenuitvoerlegging, voor wat betreft de in artikel 3 genoemde gebieden van de sociale zekerheid en van de andere factoren van sociale bescherming, van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, hierna ‚beginsel van gelijke behandeling' genoemd".

6. Krachtens artikel 3, lid 1, is richtlijn 79/7 van toepassing op:

„a) de wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen de volgende eventualiteiten:

[...]

– invaliditeit,

[…]

[...]"

7. Artikel 4 van richtlijn 79/7 bepaalt:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezinssituatie, is uitgesloten in het bijzonder met betrekking tot:

[...]

– de berekening van de prestaties, waaronder begrepen verhogingen verschuldigd uit hoofde van de echtgenoot en voor ten laste komende personen, alsmede de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op de prestaties.

2. Het beginsel van gelijke behandeling doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw wegens moederschap."

8. Op grond van artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 79/7 doet deze richtlijn geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om „de voordelen die op het gebied van ouderdomsverzekering zijn toegekend aan hen die kinderen hebben opgevoed" en „het verkrijgen van rechten op prestaties na tijdvakken van onderbreking van het werk wegens de opvoeding van kinderen" van haar werkingssfeer uit te sluiten.

4 Richtlijn van de Raad van 19 december 1978 (PB 1979, L 6, blz. 24).

B. Spaans recht

9. Artikel 60, lid 1, van de Ley General de la Seguridad Social (algemene wet op de sociale zekerheid; hierna: „LGSS”) [5] bepaalt het volgende:

„Aan vrouwen die biologische of geadopteerde kinderen hebben en die begunstigden zijn van enige premiegebonden regeling van het socialezekerheidsstelsel uit hoofde van pensionering, weduwschap of blijvende arbeidsongeschiktheid, wordt een pensioentoeslag toegekend vanwege hun demografische bijdrage aan de sociale zekerheid.

Deze toeslag, die in alle opzichten de juridische status heeft van een premiegebonden staatspensioen, komt overeen met het bedrag dat resulteert uit de toepassing van een bepaald percentage op het initiële bedrag van het betrokken pensioen, welk percentage afhankelijk is van het aantal kinderen overeenkomstig de volgende schaal:

a) in geval van twee kinderen: 5 procent.

b) in geval van drie kinderen: 10 procent.

c) in geval van vier of meer kinderen: 15 procent.

Voor de vaststelling van het bestaan van een recht op deze toeslag, alsook van het bedrag ervan, worden uitsluitend de kinderen meegerekend die zijn geboren of geadopteerd vóór het feit dat recht geeft op het betrokken pensioen.”

III. Feiten, procesverloop en prejudiciële vraag

10. Bij besluit van het Instituto Nacional de la Seguridad Social (nationaal instituut voor sociale zekerheid, Spanje; hierna: „INSS”) van 25 januari 2017 is aan verzoeker een pensioen wegens volledige en blijvende arbeidsongeschiktheid toegekend van 100 % van het basisbedrag, ten belope van 1 603,43 EUR per maand plus indexering.

11. Verzoeker heeft tegen dit besluit bezwaar ingediend waarbij hij in wezen betoogde dat hij, als vader van twee dochters, recht had op een toeslag ten belope van 5 % van het pensioen onder dezelfde voorwaarden als vrouwen.

12. Bij besluit van 9 juni 2017 heeft het INSS dit bezwaar afgewezen en zijn besluit van 25 januari 2017 bekrachtigd. Het INSS verklaarde dat de moederschapstoeslag, zoals de naam al aangeeft, een toeslag is die uitsluitend is voorbehouden aan vrouwen die een premiegebonden socialezekerheidsuitkering ontvangen en twee of meer kinderen hebben, vanwege hun demografische bijdrage aan de sociale zekerheid.

13. Op 23 mei 2017 heeft verzoeker bij de Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (arbeidsrechtbank nr. 3 Girona, Spanje), zijnde de verwijzende rechter, beroep ingesteld tegen het besluit van het INSS. Hij eiste erkenning van het recht op een verhoging van zijn pensioen met 5 % van de berekeningsgrondslag van zijn uitkering wegens volledige en blijvende arbeidsongeschiktheid, welke verhoging zou worden gevormd door een toeslag die overeenkomt met de moederschapstoeslag die wordt toegekend krachtens artikel 60, lid 1, LGSS.

5 Goedgekeurd bij Real Decreto Legislativo 1/1994 (koninklijk wetgevend besluit 1/1994) van 20 juni 1994 (BOE nr. 154 van 29 juni 1994, blz. 20658) in de geconsolideerde versie die is goedgekeurd bij Real Decreto Legislativo 8/2015 (koninklijk wetgevend besluit 8/2015) van 30 oktober 2015 (BOE nr. 261 van 31 oktober 2015, blz. 103291), zoals gewijzigd bij Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (wet 48/2015 inzake de rijksbegroting voor 2016) (BOE nr. 260 van 30 oktober 2015, blz. 101965).

14. Op 18 mei 2018 ontving de verwijzende rechter het bericht dat verzoeker op 9 december 2017 was overleden. De echtgenote van verzoeker nam als zijn rechtsopvolger zijn vordering over en zette deze door in het hoofdgeding. [6]

15. Volgens de verwijzende rechter is *de demografische bijdrage* toerekenbaar aan zowel vrouwen als mannen, daar zowel de voortplanting als de verantwoordelijkheid voor de verzorging, voeding en opvoeding van en de verdere zorg voor de kinderen kan rusten op elke persoon die de hoedanigheid van vader of moeder heeft, ongeacht zijn of haar kunne. Bovendien kan een loopbaanonderbreking na de geboorte of adoptie van kinderen of voor de zorg voor natuurlijke of geadopteerde kinderen vrouwen en mannen gelijkelijk schaden. De verwijzende rechter is van mening dat de regeling betreffende de moederschapstoeslag van artikel 60, lid 1, LGSS, vanuit dat oogpunt een ongerechtvaardigd verschil in behandeling instelt ten gunste van vrouwen en ten nadele van mannen die zich in eenzelfde situatie bevinden.

16. De verwijzende rechter erkent echter dat er, vanuit *biologisch* perspectief, een onmiskenbaar differentiërend feit bestaat, aangezien vrouwen bij de voortplanting op persoonlijk gebied een veel groter offer brengen dan mannen. Zij moeten een zwangerschapsperiode en een bevalling doorstaan die overduidelijke biologische en lichamelijke offers vragen, met alle nadelen van dien voor vrouwen, niet alleen in fysiek opzicht, maar ook op het gebied van arbeid. De verwijzende rechter is van mening dat de moederschapstoeslag van artikel 60, lid 1, LGSS, vanuit biologisch perspectief een gerechtvaardigde toeslag ten gunste van vrouwen vormt. Geen enkele man kan zich in een gelijkwaardige situatie bevinden. De situatie van een mannelijke werknemer is niet vergelijkbaar met die van een vrouwelijke werknemer die wordt geconfronteerd met de nadelen in het beroepsleven die een loopbaanonderbreking vanwege zwangerschap en de geboorte van een kind meebrengt. De verwijzende rechter twijfelt echter over de implicaties die de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder het arrest Griesmar [7], voor de onderhavige zaak heeft.

17. Tegen deze achtergrond heeft de Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona de behandeling van de zaak geschorst en de volgende prejudiciële vraag aan het Hof gesteld:

„Vormt een nationale wettelijke regeling (in concreto artikel 60, lid 1, [LGSS]) die het recht op een pensioentoeslag toekent aan vrouwen die biologische of geadopteerde kinderen hebben en begunstigden zijn van enige premiegebonden regeling van het socialezekerheidsstelsel uit hoofde van pensionering, weduwschap of blijvende arbeidsongeschiktheid, vanwege hun demografische bijdrage aan de sociale zekerheid, terwijl dit recht niet wordt toegekend aan mannen die zich in een identieke situatie bevinden, een schending van het beginsel van gelijke behandeling, dat elke discriminatie op grond van geslacht verbiedt en is neergelegd in artikel 157 [VWEU] en in 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 en herschikt bij richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep?”

18. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoeker, het INSS en de Europese Commissie. Deze belanghebbenden en de Spaanse regering, die ook heeft geantwoord op schriftelijke vragen van het Hof, hebben pleidooi gehouden ter terechtzitting van 13 juni 2019.

6 Verwijzingen naar verzoeker in deze conclusie moeten dienovereenkomstig worden opgevat.

7 Arrest van 29 november 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

IV. Analyse

19. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Ten eerste zal ik vaststellen welk instrument van Unierecht van toepassing is op de betreffende uitkering in deze zaak (A). Vervolgens richt ik mij op de uitlegging van de relevante bepalingen van richtlijn 79/7 die op deze zaak van toepassing zijn (B). Tot slot zal ik onderzoeken, daar ik tot de conclusie kom dat deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een maatregel als in casu aan de orde, of de nationale regeling wel zou kunnen vallen onder de algemene uitzondering voor „positieve discriminatie" die geregeld is in artikel 157, lid 4, VWEU (C).

A. Toepasselijk instrument van Unierecht

20. In de verwijzingsbeslissing wordt de vraag gesteld of artikel 60, lid 1, LGSS verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling dat is neergelegd in artikel 157 VWEU en in richtlijn 2006/54/EG betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep[8].

21. Verzoeker kan zich vinden in het Unierechtelijke kader zoals vastgesteld in de verwijzingsbeslissing. Het INSS, de Spaanse regering en de Commissie daarentegen zijn een andere mening toegedaan en stellen dat richtlijn 79/7 in casu het toepasselijke instrument van Unierecht is. Subsidiair betoogt verzoeker dat die richtlijn hoe dan ook van toepassing is.

22. Ik ben het ermee eens dat richtlijn 79/7 het toepasselijke juridische instrument is.

23. Het Hof is uiteraard gebonden aan de feiten van de zaak zoals deze door de nationale rechter zijn vastgesteld, en aan de strekking van de vragen en het globale kader van de zaak zoals deze door de nationale rechter in de verwijzingsbeslissing zijn vastgelegd. Niettemin geldt dit niet wat het toepasselijke Unierecht betreft. Het Hof is bevoegd alle relevante bepalingen van het recht van de Unie uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van bij de nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet expliciet worden genoemd in de aan het Hof voorgelegde vragen.[9] Iura (Europaea) novit Curia (Europaea).

24. In het Unierecht wordt onderscheid gemaakt tussen bedrijfspensioenregelingen die vallen onder het begrip „beloning" van artikel 157, leden 1 en 2, VWEU[10], en wettelijke socialezekerheidspensioenregelingen die daar niet onder vallen[11].

25. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt consequent dat „de stelsels of uitkeringen van sociale zekerheid en met name de ouderdomspensioenen [...], die zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij de wet worden vastgesteld en verplicht van toepassing zijn op algemene categorieën werknemers" niet onder het begrip „beloning" van artikel 157 VWEU kunnen worden gebracht. De reden hiervoor is dat „deze stelsels de werknemers immers in het genot stellen van een wettelijke regeling die wordt gefinancierd door werknemers, werkgevers en eventueel door de overheid, wier bijdragen niet zozeer worden bepaald door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, als wel door overwegingen van sociaal beleid".[12]

8 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 (herschikking) (PB 2006, L 204, blz. 23).

9 Zie in die zin bijvoorbeeld arrest van 19 september 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, punten 40 en 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

10 Zie bijvoorbeeld arrest van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, punten 25-28).

11 Zie bijvoorbeeld arrest van 25 mei 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, punten 7 en 8).

12 Zie bijvoorbeeld arrest van 25 mei 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, punten 7 en 8).

26. Ter terechtzitting heeft verzoeker betoogd dat het in casu gaat om een premiegebonden pensioen dat afhankelijk is van eerdere arbeid. Een hoger salaris geeft recht op een hoger pensioen. Daarom moet de betreffende uitkering naar zijn mening worden beschouwd als „beloning" in de zin van artikel 157, lid 2, VWEU.

27. Zoals verzoeker betoogt, blijkt uit de rechtspraak inderdaad dat *het criterium van de dienstbetrekking* beslissend is om een pensioenregeling als „beloning" te kwalificeren.[13] Het feit dat een pensioenregeling wordt gefinancierd door middel van bijdragen die worden berekend op basis van het salaris betekent echter nog niet dat die pensioenregeling automatisch gelijkstaat aan „beloning". De door het Hof ontwikkelde toets behelst immers een algemene analyse die niet is gebaseerd op één enkel criterium, zoals het premiegebonden karakter van een uitkering.[14] Hoewel uitkeringen van sociale zekerheid verband kunnen houden met het begrip beloning en door middel van premies aan arbeid kunnen worden gekoppeld, is vastgesteld dat uitkeringen die zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak bij wet zijn vastgesteld en van toepassing zijn op algemene categorieën van werknemers, buiten het begrip „beloning" vallen.[15]

28. Het Hof heeft zich al eerder kunnen uitspreken over verschillende uitkeringen op grond van de algemene socialezekerheidsregeling in Spanje. Het heeft consequent geoordeeld dat premiegebonden uitkeringen, zoals ouderdomspensioenen en werkloosheidsuitkeringen, evenals het pensioen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid waarop de toeslag in kwestie van toepassing is, niet onder het begrip „beloning" vallen, maar tot de werkingssfeer van richtlijn 79/7 behoren.[16]

29. Naar mijn oordeel is er geen reden om in deze zaak van die benadering af te wijken. Het lijdt weinig twijfel dat de uitkering in kwestie deel uitmaakt van een stelsel van sociale zekerheid dat – zonder enig overleg – bij wet is vastgesteld, en dat zij voor de beroepsbevolking in het algemeen geldt en niet voor een bepaalde categorie werknemers.

30. In richtlijn 2006/54 wordt hetzelfde onderscheid gemaakt als vastgesteld in de rechtspraak inzake artikel 157, lid 2, VWEU ten aanzien van het begrip „beloning". De werkingssfeer van de richtlijn is met name beperkt tot „ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid", die worden gedefinieerd met uitsluiting van wettelijke socialezekerheidsregelingen.[17]

31. Derhalve valt de betreffende uitkering niet onder het begrip „beloning" in de zin van artikel 157, lid 2, VWEU. Zij valt dus ook niet onder richtlijn 2006/54.

32. Dientengevolge is richtlijn 79/7 het instrument van Unierecht dat in casu van toepassing is. De uitkering in kwestie vormt een aanvulling op een socialezekerheidspensioen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid dat deel uitmaakt van een wettelijke regeling die bescherming biedt tegen een van de eventualiteiten die in artikel 3, lid 1, onder a), van deze richtlijn zijn opgesomd, namelijk

13 Zie bijvoorbeeld arresten van 28 september 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, punt 43), en 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 28).

14 Zie inzake het premiegebonden karakter van een uitkering en de kwalificatie daarvan als „beloning" de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, punten 34-38).

15 Zie in die zin bijvoorbeeld arresten van 25 mei 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, punten 7 en 8), en 28 september 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, punt 24).

16 Zie ten aanzien van premiegebonden ouderdomspensioenen, waarop ook de pensioentoeslag van deze zaak van toepassing is, bijvoorbeeld arresten van 22 november 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, punt 26), en 8 mei 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, punt 56). Zie ten aanzien van werkloosheidsuitkeringen arrest van 9 november 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, punten 33 en 34). Zie ten aanzien van pensioenen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid arresten van 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, punt 63), en 14 april 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, punten 26 en 34).

17 Zie de overwegingen 13 en 14. Ingevolge artikel 1, onder c), van richtlijn 2006/54, is deze richtlijn van toepassing op „ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid", welke regelingen in artikel 2, lid 1, onder f), uitdrukkelijk worden gedefinieerd als „regelingen die niet vallen onder [richtlijn 79/7]".

invaliditeit. De toeslag houdt, net als het pensioen, rechtstreeks en daadwerkelijk verband met de bescherming tegen het risico van invaliditeit. Hij is intrinsiek verbonden met het intreden van dat risico en beoogt ervoor te zorgen dat de rechthebbenden behoorlijk beschermd zijn tegen het risico van invaliditeit [18] door verkleining van de genderkloof. [19]

33. Gelet op al deze overwegingen moet ik concluderen dat het noodzakelijk is de prejudiciële vraag te herformuleren zodat deze verwijst naar richtlijn 79/7.

B. Staat richtlijn 79/7 in de weg aan een maatregel als in casu aan de orde?

34. Het onderzoek naar de verenigbaarheid van de betreffende nationale bepaling met richtlijn 79/7 bestaat uit drie stappen. Ten eerste: bevinden vrouwen en mannen zich in een vergelijkbare positie voor de toepassing van de betreffende nationale bepaling? Ten tweede: levert de betreffende nationale bepaling discriminatie op uit hoofde van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7? Ten derde: indien dit het geval is, kan artikel 60, lid 1, LGSS dan onder een van de uitzonderingen vallen als bedoeld in artikel 7 van deze richtlijn?

1. Vergelijkbaarheid

35. Er is sprake van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op situaties die objectief verschillend zijn. [20] Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de vergelijkbaarheid niet algemeen en abstract, maar specifiek *voor de betrokken prestatie* worden onderzocht. Dit houdt in dat er rekening moet worden gehouden met de doelstellingen van de specifieke nationale maatregel of prestatie in kwestie. [21] Derhalve zijn de (genoemde) wettelijke doelstellingen van bijzonder belang voor de vaststelling van de vergelijkbaarheid tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers.

36. De rechtspraak van het Hof en bepalingen van secundair recht hebben situaties uitgelicht waarin vrouwelijke en mannelijke werknemers eenvoudigweg niet vergelijkbaar zijn vanwege de biologische gesteldheid van de vrouw, waaronder zwangerschap, bevalling en de postnatale periode moeten worden begrepen.

37. Enerzijds heeft het Hof geoordeeld, ten aanzien van de situatie van *zwangerschapsverlof*, dat vrouwen 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”. [22] Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat „de situatie van een mannelijke werknemer niet vergelijkbaar is met die van een vrouwelijke werknemer wanneer het uitsluitend aan vrouwelijke werknemers toegekende voordeel beoogt de nadelen te compenseren die dergelijke werknemers ondervinden ten gevolge van hun afwezigheid van het werk wegens zwangerschapsverlof”. [23]

18 Zie in die zin, met betrekking tot aanpassingsmechanismen, arrest van 20 oktober 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, punten 42 e.v.).

19 Zie, met betrekking tot de doelstellingen van de maatregel, deel B, afdeling 1, onder b), van deze conclusie.

20 Zie bijvoorbeeld arrest van 14 juli 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 Zie in die zin bijvoorbeeld arresten van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 33), en 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voor nadere toelichting omtrent het onderzoek naar vergelijkbaarheid zie mijn conclusie in de zaak Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punten 64-79).

22 Zie bijvoorbeeld arresten van 13 februari 1996, Gillespie e.a. (C-342/93, EU:C:1996:46, punt 17), en 14 juli 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, punt 39).

23 Arrest van 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 41). Zie ook arrest van 16 september 1999, Abdoulaye e.a. (C-218/98, EU:C:1999:424, punten 18, 20 en 22).

38. Anderzijds heeft het Hof geoordeeld dat werkende moeders en vaders zich in een vergelijkbare situatie bevinden met betrekking tot veel andere omstandigheden die verband houden met *ouderschap en zorg voor kinderen*. Vrouwen en mannen bevinden zich in een vergelijkbare situatie in hun hoedanigheid van ouders en waar het gaat om de opvoeding van hun kinderen.[24] Zij bevinden zich dus in een vergelijkbare situatie wat bijvoorbeeld de behoefte betreft die zij mogelijkerwijs ervaren om hun dagelijkse arbeidstijd te verkorten, teneinde voor hun kinderen te kunnen zorgen[25] of omdat zij gedwongen kunnen zijn gebruik te maken van kinderopvang als zij een beroep uitoefenen.[26]

39. Het is derhalve cruciaal dat in casu wordt vastgesteld of de betreffende nationale regeling verband houdt met de specifieke biologische kenmerken van de vrouw betreffende zwangerschap, bevalling en moederschap (a). Als dat niet het geval is, moeten de objectieve doelstellingen van de betreffende maatregel in kaart worden gebracht teneinde vast te stellen of vrouwelijke en mannelijke werknemers zich in dat opzicht in een vergelijkbare situatie bevinden (b).

a) Is er sprake van een maatregel betreffende bescherming wegens moederschap krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7?

40. Artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 bepaalt dat „[h]et beginsel van gelijke behandeling [...] geen afbreuk [doet] aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw *wegens moederschap*”. Uit de derde overweging van deze richtlijn volgt dat „de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid geen beletsel vormt voor de bepalingen inzake bescherming van de vrouw wegens moederschap” en dat „de lidstaten in dit kader ten gunste van de vrouw specifieke bepalingen kunnen vaststellen om de bestaande ongelijke behandeling op te heffen”.

41. Deze bepaling kan worden beschouwd als erkenning van het feit dat vrouwen en mannen gezien hun biologische gesteldheid niet vergelijkbaar zijn, in overeenstemming met de hierboven in punt 37 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak.

42. Kan de aan de orde zijnde maatregel worden beschouwd als een bepaling „betreffende de bescherming van de vrouw wegens moederschap” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7?

43. De Spaanse regering en het INSS betogen dat artikel 60, lid 1, LGSS onder artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 valt. Het INSS verklaart dat de maatregel inherent verbonden is met het moederschap, aangezien de vrouwen op wie de maatregel ziet moeder zijn: als er geen sprake is van moederschap, doet de situatie waarin de nationale bepaling beoogt te voorzien zich in het geheel niet voor. De Spaanse regering heeft ter terechtzitting aangevoerd dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 aldus moet worden opgevat dat het maatregelen voor positieve discriminatie wegens moederschap toestaat en in het licht van artikel 157, lid 4, VWEU en artikel 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) ruim moet worden uitgelegd.

44. Verzoeker en de Commissie daarentegen zijn van mening dat de betreffende maatregel niet onder artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 kan vallen. Deze partijen zijn voorstander van een beperkte lezing van deze bepaling in die zin dat daaronder uitsluitend de aspecten vallen die samenhangen met de biologische gesteldheid van de vrouw. Dat zou in het bijzonder gelden voor de periode van het zwangerschapsverlof.

24 Zie bijvoorbeeld arresten van 25 oktober 1988, Commissie/ Frankrijk (312/86, EU:C:1988:485, punt 14); 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 56); 26 maart 2009, Commissie/Griekenland (C-559/07, niet gepubliceerd, EU:C:2009:198, punt 69), en 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punt 47).

25 Arrest van 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punt 24).

26 Arrest van 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punt 30).

45. De uitdrukking „wegens moederschap" wordt in richtlijn 79/7 niet gedefinieerd. Voor zover ik weet, heeft het Hof artikel 4, lid 2, van deze richtlijn niet eerder uitgelegd. Het Hof heeft echter meermaals soortgelijke bepalingen in het kader van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207/EEG [27] uitgelegd, welk artikel in nagenoeg dezelfde bewoordingen als artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 bepaalde dat deze richtlijn „geen afbreuk [doet] aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft".

46. In het kader van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 heeft het Hof geoordeeld dat de uitzondering voor „moederschap" strikt moet worden uitgelegd. [28] Het Hof heeft de toepassing ervan herhaaldelijk gekoppeld aan de biologische gesteldheid van de vrouw en de bijzondere relatie tussen moeder en kind. Derhalve werden uitsluitend maatregelen die verband houden met de bescherming van de vrouw tijdens zwangerschap, bevalling en zwangerschapsverlof geacht onder die bepaling te vallen. [29] Maatregelen die niet strikt verband houden met de bescherming van de vrouw in dergelijke situaties werden dan ook niet geacht onder de uitzondering voor „moederschap" te vallen. [30]

47. Het Hof heeft deze strikte uitlegging van het begrip „moederschap" ook gevolgd om te bepalen of de situaties van vrouwelijke en mannelijke werknemers vergelijkbaar zijn voor de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van artikel 157 VWEU op het gebied van bedrijfspensioenen. In de zaak Griesmar heeft het Hof verklaard dat een maatregel acceptabel was indien deze bedoeld was „ter compensatie van de nadelen die vrouwelijke ambtenaren ondervinden als gevolg van het feit dat zij tijdens de periode na de bevalling afwezig zijn van het werk, in welk geval de situatie van een mannelijke werknemer niet vergelijkbaar is met die van een vrouwelijke werknemer". [31] Het Hof heeft echter uitdrukkelijk geweigerd de nadelen die vrouwen tijdens hun beroepsloopbaan ondervinden doordat zij bij de opvoeding van de kinderen de belangrijkste rol spelen, in samenhang te zien met „zwangerschapsverlof" of met nadelen die zij ondervinden wegens afwezigheid van het werk na de bevalling. [32] Een van de redenen hiervoor was dat de betreffende bonificatie eveneens werd toegekend voor geadopteerde kinderen, zonder dat de moeder daarvoor adoptieverlof moest hebben gekregen. [33]

48. Het begrip „moederschap", zoals dit door het Hof wordt uitgelegd, houdt derhalve verband met de specifieke biologische realiteit die ervoor zorgt dat vrouwen en mannen niet vergelijkbaar zijn: zwangerschap, bevalling en zwangerschapsverlof. Het voorwerp van deze bijzondere bescherming wordt hierdoor niet alleen ratione materiae begrensd, maar logischerwijs ook ratione temporis, daar de uitzondering voor moederschap niet kan worden geacht zich uit te strekken tot latere gebeurtenissen of situaties eenvoudigweg vanwege het moeder-zijn. *Moederschap* moet dus in enge zin worden opgevat. Het kan niet worden gelijkgesteld met de meer algemene begrippen *moeder-zijn* of *ouderschap*.

27 Artikel 2, lid 7, zoals gewijzigd, van de richtlijn 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 1976, L 39, blz. 40), die is gewijzigd bij richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad 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 2002, L 269, blz. 15). Dat artikel is vervangen door artikel 28 van richtlijn 2006/54.

28 Zie bijvoorbeeld arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, punt 44).

29 Zie bijvoorbeeld, inzake zwangerschapsverlof, arrest van 18 november 2004, Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, punt 33); inzake moederschapsverlof in aansluiting op zwangerschapsverlof, arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punten 25 en 26), en inzake specifieke regelingen betreffende het eventueel opnemen van verlof door moeders of vaders in loondienst, arrest van 19 september 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, punten 61-65).

30 Zie bijvoorbeeld arresten van 25 oktober 1988, Commissie/Frankrijk (312/86, EU:C:1988:485, punten 13 en 14), met betrekking tot verschillende „bijzondere rechten voor vrouwen" ter bescherming van vrouwen in hun hoedanigheid van oudere werknemer of van ouder van een kind, en 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punten 26-31), betreffende een verlofperiode die wel „borstvoedings"-verlof werd genoemd maar in feite van borstvoeding als zodanig was losgekoppeld en kon worden beschouwd als voor de zorg voor het kind. Zie in die zin ook arrest van 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punt 51), inzake ouderschapsverlof.

31 Arrest van 29 november 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 46).

32 Ibidem, punt 51.

33 Ibidem, punt 52.

49. Het INSS en de Spaanse regering stellen voor in het kader van richtlijn 79/7 van deze zienswijze af te wijken en het begrip „moederschap" ruimer op te vatten in de zin van „moeder-zijn". Op de vraag waarom zij ter terechtzitting een dergelijke ruime opvatting voorstelde, voerde de Spaanse regering aan dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7, tegen de achtergrond van artikel 157, lid 4, VWEU en artikel 23 van het Handvest, moest worden beschouwd als een middel om de deur open te zetten naar maatregelen voor positieve discriminatie met betrekking tot moederschap in ruime zin.

50. Dit argument vind ik niet overtuigend. Zoals ik hieronder nader zal toelichten [34], kan een eventuele rechtsgrondslag voor positieve actie in het kader van deze zaak wellicht buiten richtlijn 79/7 worden gevonden, in artikel 157, lid 4, VWEU. Het volstaat hier te vermelden dat de maatregelen die een verschil in behandeling tussen vrouwen en mannen toestaan en die beschermende maatregelen wegens moederschap binnen de werkingssfeer van richtlijn 79/7 vormen, uitgaan van een andere premisse en logica dan de algemene regels inzake positieve actie van artikel 157, lid 4, VWEU. De suggestie dat latere algemene bepalingen inzake positieve actie de invulling van het begrip vergelijkbaarheid in oudere, specifieke sectorale voorschriften mogen verdraaien, waardoor een van de belangrijkste bepalingen feitelijk zonder uitwerking blijft, lijkt mij geen goed recept voor het uitleggen van de wet.

51. Kortom, er is naar mijn mening geen goede reden om aan het begrip „wegens moederschap" in het kader van richtlijn 79/7 een andere en ruimere betekenis te geven. Het tegendeel is het geval, zoals de Commissie terecht opmerkt: een ruime opvatting van de uitzondering voor „moederschap" zou een verschil in behandeling mogelijk maken in situaties waarin werkende moeders en vaders zich in feite in een vergelijkbare positie bevinden en zou dus de eigenlijke strekking van de richtlijn ondermijnen.

52. Op grond van die redelijk beperkte uitlegging van het begrip „wegens moederschap" die mijns inziens ook in het kader van richtlijn 79/7 moet gelden, zie ik niet in hoe de betreffende maatregel kan worden geacht onder de uitzondering van artikel 4, lid 2, van deze richtlijn te vallen.

53. Een snelle blik op de specifieke kenmerken van de betreffende maatregel bevestigt deze conclusie al. De moederschapstoeslag van artikel 60, lid 1, LGSS houdt geenszins verband met de specifieke situaties van zwangerschap, bevalling en zwangerschapsverlof. Geen van die situaties geldt als voorwaarde om van de moederschapstoeslag te kunnen profiteren.

54. Ten eerste merkt verzoeker op dat niet iedere vrouwelijke werknemer die toegang heeft tot de moederschapstoeslag feitelijk een periode van zwangerschapsverlof hoeft te hebben gehad. Daar adoptieverlof naar nationaal recht zowel door vrouwen als mannen kan worden opgenomen [35], is het goed mogelijk dat een vrouw de moederschapstoeslag ontvangt ondanks dat zij dat verlof niet heeft opgenomen of, wat dat betreft, niet zwanger is geweest en niet is bevallen. Ten tweede hebben, in het geval dat een kind twee moeders heeft [36], beide van hen recht op de moederschapstoeslag maar kan slechts één van hen daadwerkelijk zwangerschapsverlof hebben opgenomen. Daar de maatregel in kwestie geen enkele voorwaarde bevat die voorschrijft dat een vrouw met werken moet zijn gestopt op het moment dat zij een kind kreeg, bestaat er bijvoorbeeld ook geen verband met zwangerschapsverlof in een situatie waarin een vrouw is bevallen voordat zij in het arbeidsproces is gestapt. Ten derde bevestigt het feit dat de maatregel niet voor moeders van één kind geldt, dat er geen verband is met de bescherming van het moederschap.

34 Zie deel C, punten 93 en 96-98.

35 Op grond van artikel 48, lid 5, van de Ley del Estatuto de los Trabajadores (wet op het werknemersstatuut), zoals gewijzigd bij Real decreto legislativo 2/2015 (koninklijk wetgevend besluit 2/2015) van 23 oktober 2015 (BOE nr. 255 van 24 oktober 2015).

36 Verzoeker licht toe dat dit mogelijk is op grond van artikel 44, lid 5, van Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (wet 20/2011 van 21 juli 2011 inzake de burgerlijke stand) (BOE nr. 175 van 22 juli 2011).

55. Alles in aanmerking genomen houdt de maatregel dus te weinig rekening met situaties die duidelijk en objectief verband houden met moederschap en te veel met andere situaties. Een dergelijke opzet van de wet kan nauwelijks passen binnen de grenzen van artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7.

56. Het lijkt er ook op dat zowel het INSS als de Spaanse regering uiteindelijk heeft erkend dat de specifieke doelstelling van artikel 60, lid 1, LGSS veel ruimer is dan de hierboven (in enge zin) geponeerde doelstelling van bescherming van de vrouw wegens moederschap.

57. Al deze overwegingen bevestigen dat artikel 60, lid 1, LGSS geen enkel element bevat waarmee een verband wordt gelegd tussen de toeslag en de nadelen die in het beroepsleven zijn verbonden aan het begrip „moederschap" in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7.

b) Wat zijn de doelstellingen van de betreffende maatregel?

58. Blijkens artikel 60, lid 1, LGSS is de moederschapstoeslag ingevoerd als erkenning voor een „demografische bijdrage" aan de sociale zekerheid. Zoals de Commissie opmerkt, is in de preambule van de wet waarbij de maatregel is aangenomen geen andere, specifiekere motivering opgenomen.[37]

59. Als gekeken wordt naar de genoemde doelstelling van artikel 60, lid 1, LGSS, is het moeilijk voor te stellen hoe vrouwen en mannen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden ten aanzien van hun „demografische bijdrage" aan de sociale zekerheid, daar beiden nog steeds voor de voortplanting nodig lijken te zijn.[38]

60. Uit de ontstaansgeschiedenis en beleidscontext, zoals omschreven door de Commissie, het INSS en de Spaanse regering, blijkt echter dat de betreffende maatregel was gebaseerd op een veel ruimere doelstelling en die ook nastreeft.

61. Uit hetgeen de Commissie heeft aangevoerd en het schriftelijke antwoord van de Spaanse regering op de vraag van het Hof blijkt dat het amendement van het parlement dat aan de basis van de betreffende maatregel lag, wees op de noodzaak om rekening te houden met de genderdimensie van pensioenen en de noodzaak tot het dichten of althans *verkleinen van de genderkloof in pensioenen*.[39] De reden hiervoor is dat vrouwen vaker met hun werk stoppen om voor de kinderen te zorgen, hetgeen een direct gevolg voor hun inkomen en pensioen heeft; dit leidt tot het verschijnsel van de zogenaamde „dubbele sanctie".[40] De maatregel beoogt derhalve de invoering van het begrip „demografische bijdrage" als erkenning voor de inspanningen van vrouwen bij de zorg voor en opvoeding van kinderen ten nadele van hun beroepsactiviteiten.[41] Ook het Spaanse grondwettelijk hof oordeelde dat dit de onderliggende doelstelling van de maatregel was: het doel is om moeders te compenseren die zich, ondanks hun intentie om een langer beroepsleven te hebben, aan de zorg voor hun kinderen hebben gewijd als gevolg waarvan zij niet evenveel jaar als andere werknemers premies hebben kunnen betalen.[42]

37 Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (wet 48/2015 inzake de rijksbegroting voor 2016) (BOE nr. 260 van 10 oktober 2015).

38 Ondanks enige aanvankelijke twijfel over de mogelijkheid van parthenogenetische activering van oöcyten waarbij het proces van ontwikkeling tot een mens in gang wordt gezet in een niet-bevruchte menselijke eicel (zie arrest van 18 oktober 2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, punt 36, maar ook arrest van 18 december 2014, International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, punt 38), lijkt het erop dat, zelfs naar Unierecht, voor conceptie nog steeds beide seksen nodig zijn.

39 *Boletín Oficial de las Cortes Generales* – Congreso de los Diputados (1 september 2015, Serie A, nr. 163-4, blz. 2812-2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017 (integraal programma tot ondersteuning van gezinnen 2015-2017), goedgekeurd door de ministerraad op 14 mei 2015 (te vinden op www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (rapport over de moederschapstoeslag op premiegebonden pensioenen), in juni 2015 door de Spaanse regering verzonden aan de Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (commissie voor de evaluatie en follow-up van de overeenkomsten van het Toledo-pact).

42 Beschikking van het Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje) van 16 oktober 2018 [nr. 3307-2018, ES:TC:2018:114A, punt 3, onder b)].

62. Het INSS heeft bovendien statistische gegevens aangevoerd waaruit blijkt dat socialezekerheidspremies direct verband houden met gender en het aantal kinderen. Uit die gegevens blijkt dat de pensioengenderkloof een grotere impact heeft op vrouwen die moeder van twee of meer kinderen zijn.

63. Op basis van de zojuist genoemde elementen kan een eerste voorlopige conclusie worden getrokken. Het is duidelijk dat de maatregel in kwestie *niet* daadwerkelijk tot doel heeft vrouwen te beschermen die de zorg voor kinderen op zich hebben genomen. In artikel 60, lid 1, LGSS staat immers geen enkele voorwaarde die de betreffende uitkering koppelt aan de feitelijke zorg voor kinderen. Het vereist niet dat een verlofperiode, onderbreking van het werk of althans enige arbeidstijdverkorting wordt aangetoond. Zelfs als dat de genoemde doelstelling was geweest, had dit weinig uitgemaakt, daar het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld dat vaders en moeders zich ten aanzien van de zorg voor hun kinderen in een vergelijkbare situatie bevinden. [43]

64. De tweede voorlopige conclusie is dat de werkelijke doelstelling van de betreffende maatregel de *verkleining van de genderkloof* in pensioenen blijkt te zijn, op basis van algemene statistische gegevens waaruit blijkt dat vrouwen die moeder zijn van meer dan één kind met name worden benadeeld als het gaat om hun pensioenaanspraken.

65. Die doelstelling doet onmiddellijk de vraag rijzen of een dergelijke structurele situatie van ongelijkheid voldoende is om vrouwen en mannen in een bepaalde situatie onvergelijkbaar te maken.

66. Dit kan mijns inziens niet het geval zijn. In enkele gevallen heeft het Hof in zijn rechtspraak weliswaar rekening gehouden met verschillen die van invloed zijn op verschillende groepen mensen om hun vergelijkbaarheid af te wijzen [44], maar het heeft ook geoordeeld dat de situatie van mensen die tot verschillende leeftijdsgroepen behoren en die met structurele problemen, zoals werkloosheid, worden geconfronteerd, vergelijkbaar is. [45] Daar komt bij dat het Hof ertegen heeft gewaarschuwd uit te gaan van generalisaties en statistische gegevens, juist omdat dit in een bepaalde situatie kan leiden tot discriminatie tussen vrouwen en mannen. [46] Het bestaan van sterke statistische gegevens waaruit structurele verschillen blijken die gevolgen hebben voor vrouwen, sluit immers niet uit dat er gevallen zijn waarin vrouwen en mannen zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

67. Ik zie geen reden om in deze zaak niet dezelfde benadering te volgen. Bovendien dienen argumenten in verband met de verschillende situaties waarin bepaalde groepen zich bevinden, mits het verschil in kwestie niet zodanig groot is dat de groepen in het geheel niet te vergelijken zijn, afdoende te worden beoordeeld in de fase van het onderzoek naar de rechtvaardigingsgronden [47] of, indien van toepassing, in het kader van de beoordeling op „positieve actie". In het bijzonder maakt „positieve actie" het mogelijk af te wijken van de individuele benadering van gelijkheid teneinde rekening te houden met de nadelige positie van een groep, met het oog op de verwezenlijking van materiële gelijkheid. [48]

43 Zie de hierboven in de voetnoten 29 en 30 aangehaalde rechtspraak.

44 Arrest van 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punten 37-39).

45 Zie arrest van 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punten 26 en 27).

46 Zie in die zin arrest van 3 september 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, punt 38). Zie ook, ten aanzien van argumenten die lijken op de in casu door de Spaanse regering en het INSS aangevoerde argumenten, arrest van 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 56).

47 Zie, inzake inhoudelijke transitiviteit tussen deze categorieën, mijn conclusie in de zaak Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punten 61 en 62).

48 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punt 8). Zie deel C van deze conclusie voor mijn voorstel in die zin.

68. Derhalve moet ik concluderen dat het bestaan van algemene, structurele ongelijkheid in pensioenen niet uitsluit dat vrouwelijke en mannelijke werknemers die ouder van twee of meer kinderen zijn, zich in een vergelijkbare situatie bevinden ten aanzien van de betreffende uitkering, namelijk toegang tot (een toeslag op) een op bijdragen gebaseerd arbeidsongeschiktheidspensioen.

2. Discriminatie

69. Vanwege de aard van de betreffende maatregel moet de beoordeling of artikel 60, lid 1, LGSS discriminerend is, wel zeer beknopt zijn. Op grond van dit artikel is de toeslag uitsluitend aan vrouwen voorbehouden. Derhalve vormt het directe discriminatie op grond van geslacht met gevolgen voor de berekening van prestaties in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7.

70. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is rechtvaardiging van een dergelijk geval van directe discriminatie binnen het kader van richtlijn 79/7 niet mogelijk.[49] Een uitzondering op het verbod van rechtstreeks op geslacht gebaseerde discriminatie is alleen mogelijk in de gevallen die in die richtlijn uitputtend worden genoemd.[50] Derhalve is het noodzakelijk te onderzoeken of de betreffende maatregel onder artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7 zou kunnen vallen.

3. Artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7

71. Vanwege de bijzondere gevoeligheid van sociale zekerheid en de veelvoorkomende verschillen in behandeling tussen vrouwen en mannen ten tijde van de onderhandelingen over richtlijn 79/7, bood artikel 7, lid 1, aan lidstaten de mogelijkheid om bepaalde zaken van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten. Richtlijn 79/7 beoogde immers „enkel" de „geleidelijke" tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.[51] De uitzonderingen van artikel 7, lid 1, kunnen dus logischerwijs niet in samenhang worden gezien met een systematische poging tot bescherming van de vrouw of tot positieve discriminatie. Zij hebben veeleer tot doel bepaalde elementen van de socialezekerheidsstelsels in stand te houden die bestonden op het moment dat de richtlijn werd vastgesteld.[52]

72. Van hetgeen de lidstaten van de werkingssfeer van richtlijn 79/7 mogen uitsluiten, vermeldt artikel 7, lid 1, onder b), „de voordelen die op het gebied van ouderdomsverzekering zijn toegekend aan hen die kinderen hebben opgevoed" en „het verkrijgen van rechten op prestaties na tijdvakken van onderbreking van het werk wegens de opvoeding van kinderen".

73. Het INSS en de Spaanse regering betogen in algemene bewoordingen dat de maatregel die in casu aan de orde is, onder die uitzondering valt.

74. Verzoeker daarentegen beweert dat de uitzondering van artikel 7, lid 1, onder b), niet van toepassing is. Naar mening van verzoeker is die uitzondering alleen van toepassing op ouderdomspensioenen en niet, zoals in casu, op arbeidsongeschiktheidspensioenen.

49 Zie naar analogie arresten van 18 november 2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, punt 41), en 12 september 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, punt 50).

50 Zie in die zin arrest van 26 juni 2018, MB (geslachtsverandering en ouderdomspensioen) (C-451/16, EU:C:2018:492, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Zie arresten van 11 juli 1991, Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, punt 25), en 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, punt 60).

52 Zoals in de rechtspraak wordt benadrukt kan er „uit de aard van de in artikel 7, lid 1, van deze richtlijn voorkomende uitzonderingen worden afgeleid, dat de communautaire wetgever de lidstaten heeft willen toestaan tijdelijk de aan vrouwen toegekende voordelen op pensioengebied te handhaven, teneinde hen in staat te stellen hun pensioenstelsels op dit punt geleidelijk aan te passen zonder het ingewikkelde financiële evenwicht van die stelsels – een aspect dat niet kon worden genegeerd – te verstoren", zelfs als die doelstellingen niet in de overwegingen van richtlijn 79/7 worden genoemd. Zie bijvoorbeeld arresten van 30 april 1998, De Vriendt e.a. (C-377/96–C-384/96, EU:C:1998:183, punt 26), en 27 april 2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, punt 35).

75. Ik zie er geen bezwaar in om artikel 7, lid 1, onder b), toe te passen op een pensioen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid. Hoewel in het eerste deel van deze bepaling sprake is van een „ouderdomsverzekering" is dat in het tweede deel niet het geval; daarin wordt in het algemeen verwezen naar het verkrijgen van rechten op prestaties na tijdvakken van onderbreking van het werk wegens de opvoeding van kinderen. Het Hof heeft de uitzondering van artikel 7, lid 1, onder b), zelfs reeds toegepast in het kader van Spaanse uitkeringen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid. [53]

76. Artikel 7, lid 1, onder b), is echter om een andere reden in deze zaak niet van toepassing. Zoals verzoeker terecht opmerkt, houdt artikel 60, lid 1, LGSS *geen verband met een feitelijke onderbreking van werk* wegens de opvoeding van kinderen. De moederschapstoeslag wordt toegekend ongeacht of er een onderbreking van werk is geweest in de vorm van zwangerschapsverlof, ouderschapsverlof of enige andere vorm van verlof. [54]

77. Duidelijkheidshalve zou ik hieraan willen toevoegen dat, ook als een maatregel zoals in casu aan de orde feitelijk verband zou houden met een onderbreking van werk wegens de opvoeding van kinderen, dit mijns inziens niet betekent dat deze onder de uitzondering van artikel 7, lid 1, onder b), zou kunnen vallen.

78. Zoals de Commissie en verzoeker terecht stellen, waren de uitzonderingen van artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7 bedoeld in het kader van de *geleidelijke opheffing* van verschillen in behandeling [55] en moeten deze strikt worden uitgelegd. [56] Hoewel artikel 7, lid 2, en artikel 8, lid 2, van deze richtlijn lidstaten de mogelijkheid bieden om bestaande bepalingen te „handhaven", heeft het Hof artikel 7, lid 1, niet als een strikte standstill-bepaling uitgelegd. De rechtspraak aanvaardt dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7 van toepassing kan zijn op latere maatregelen die onlosmakelijk zijn verbonden met eerdere maatregelen die onder die uitzondering vallen, en op wijzigingen van die maatregelen. [57]

79. De in casu aan de orde zijnde regel kan echter niet, wanneer deze redelijkerwijs wordt uitgelegd, worden geacht verband te houden met een *geleidelijke vooruitgang* in de richting van volledige toepassing van het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen op het gebied van de sociale zekerheid. De maatregel werd in 2015 vastgesteld, enkele decennia na de inwerkingtreding van richtlijn 79/7. Het betrof een maatregel binnen een nationaal rechtskader zonder vergelijkbare bepaling waaraan de maatregel kon worden gekoppeld. Het is derhalve onmogelijk te oordelen dat de maatregel noodzakelijk is voor of onlosmakelijk verbonden is met een eerder bestaande regeling die gebruikmaakt van de uitzondering van artikel 7, lid 1, onder b). Bovendien houdt hij geen verband met de algemene doelstelling van artikel 7, lid 1, om het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel te bewaren.

80. Derhalve moet ik concluderen dat de maatregel die in casu aan de orde is, niet kan worden geacht onder de uitzondering van artikel 7, lid 1, onder b), van richtlijn 79/7 te vallen.

53 Arrest van 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, punten 60 en 63).

54 Zie punt 63 hierboven.

55 Zie bijvoorbeeld arrest van 7 juli 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, punt 14).

56 Zie bijvoorbeeld, ten aanzien van artikel 7, lid 1, onder a), arrest van 21 juli 2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 Zie arresten van 7 juli 1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), en 23 mei 2000, Hepple e.a. (C-196/98, EU:C:2000:278, punt 23), evenals de conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Hepple e.a. (C-196/98, EU:C:1999:495, punten 21-24) en die van advocaat-generaal Mischo in de zaak Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, punten 66-69).

C. Artikel 157, lid 4, VWEU

81. Hoewel ik heb geconstateerd dat richtlijn 79/7 zich verzet tegen artikel 60, lid 1, LGSS, moet nog worden onderzocht of de betreffende maatregel toch niet toelaatbaar is op grond van artikel 157, lid 4, VWEU, welke bepaling uitgebreid is besproken door de belanghebbenden die in deze zaak opmerkingen hebben ingediend.

82. Artikel 157, lid 4, VWEU bepaalt: „Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren." Dit artikel maakt het dus mogelijk om maatregelen die niet vallen onder de specifieke uitzonderingen of afwijkingen die op het gebied van seksegelijkheid in secundair recht geregeld zijn, te „redden" of verenigbaar te maken met het Unierecht.[58]

83. De werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU blijft echter onduidelijk. Ten eerste is nog niet bepaald of artikel 157, lid 4, VWEU beperkt is tot „gelijke beloning" of een ruimere werkingssfeer heeft (1). Ten tweede is het nog de vraag welke soort maatregelen kunnen worden geacht onder deze bepaling te vallen, in het bijzonder met betrekking tot maatregelen om „nadelen in de beroepsloopbaan te compenseren" (2). Nadat ik een algemene analyse van deze twee belangrijkste vragen heb gemaakt en heb geopperd dat bepaalde zorgvuldig geformuleerde nationale maatregelen op het gebied van socialezekerheidspensioenen onder artikel 157, lid 4, VWEU kunnen vallen, moet ik toch concluderen dat de in casu aan de orde zijnde maatregel daartoe niet behoort, daar hij niet voldoet aan de basisvereisten van evenredigheid (3).

1. Werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU en „gelijke beloning"

84. De uitkering in kwestie valt niet onder het begrip „beloning" in de zin van artikel 157, lid 2, VWEU.[59] Kan artikel 157, lid 4, VWEU dus een nationale maatregel „redden" die niet binnen de werkingssfeer van artikel 157, lid 2, VWEU valt?

85. Naar aanleiding van deze vraag voerde de Commissie ter terechtzitting aan dat, gelet op het feit dat het begrip „beroepsloopbaan" in artikel 157, lid 4, VWEU zeer ruim is, de werkingssfeer van deze bepaling niet beperkt is tot het begrip „gelijke beloning". Zij kan dus ook van toepassing zijn op het gebied van de sociale zekerheid.

86. Ik ben het met de Commissie eens dat er geen reden is om de werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU te beperken tot het gebied „gelijke beloning".

87. In artikel 157 VWEU, dat historisch gezien verband hield met „gelijke beloning", ligt de specifieke bepaling besloten die lidstaten de mogelijkheid biedt maatregelen te nemen voor „positieve actie". Een aantal elementen ondersteunt echter de visie dat lid 4 van dit artikel verder strekt dan het specifieke aspect „gelijke beloning".

58 Zie bijvoorbeeld, ten aanzien van de suggestie dat artikel 157, lid 4, VWEU van toepassing kan zijn op situaties waarin een nationale maatregel onverenigbaar is verklaard met de specifieke regels van secundair Unierecht op grond waarvan positieve actie is toegestaan, arresten van 28 maart 2000, Badeck e.a. (C-158/97, EU:C:2000:163, punt 14); 6 juli 2000, Abrahamsson en Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, punten 40, 54 en 55), en 30 september 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, punten 29 en 30).

59 Zie de punten 27-31 van deze conclusie hierboven.

88. Ten eerste is artikel 157, lid 4, VWEU onmiskenbaar tamelijk ruim geformuleerd. Het bevat een omschrijving van een uitzondering op het „beginsel van gelijke behandeling" van vrouwen en mannen, en niet op „gelijke beloning", zonder dat er expliciete beperkingen worden opgelegd aan de gebieden waarop deze uitzondering van toepassing is.[60] De maatregelen die op grond van deze bepaling zijn toegestaan, worden in dezelfde ruime bewoordingen omschreven als „maatregelen [...] waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken" of „om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren". De doelstellingen van artikel 157, lid 4, VWEU zijn tevens geformuleerd aan de hand van de zeer ruime bedoeling „om volledige gelijkheid [...] in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren".

89. Ten tweede wordt, vanuit systematisch oogpunt, een eventuele algemene beperking van artikel 157 VWEU tot het specifieke gebied „gelijke beloning" reeds doorkruist door artikel 157, lid 3, VWEU, dat een brede juridische basis vormt en veel verder strekt dan het beginsel van gelijke beloning, waaronder tot het nemen van „maatregelen [...] om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep".[61]

90. Ten derde heeft het Hof in het verleden inderdaad een „beperkte" uitlegging gegeven aan de uitzondering van artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207 inzake positieve actie en verklaard dat die bepaling een afwijking behelsde van het beginsel van gelijke behandeling.[62] Dat standpunt is echter geleidelijk aan opgegeven.[63] In de rechtspraak over de ruimere en overkoepelende uitzondering van artikel 157, lid 4, VWEU ten aanzien van positieve actie komt het niet voor. Mijns inziens is dit geen toeval. Artikel 157, lid 4, VWEU vormt de consolidatie in het primaire recht van een visie op materiële gelijkheid op het gebied van seksegelijkheid en niet louter een afwijking die beperkt moet worden uitgelegd.

91. Derhalve denk ik dat artikel 157, lid 4, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het, onder de noemer van „positieve discriminatie", maatregelen toestaat die anders zouden worden tegengehouden door het in richtlijn 79/7 neergelegde beginsel van gelijke behandeling, voor zover die maatregelen inderdaad „volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk" beogen te verzekeren, ertoe strekken dat er „specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken" of ernaar streven „om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren".

92. Er bestaat echter nog een andere prejudiciële kwestie: is artikel 157, lid 4, VWEU van toepassing op het gebied van de sociale zekerheid? Dat gebied valt immers onder een specifiek stelsel dat enigszins losstaat van alle andere instrumenten op het gebied van seksegelijkheid wat arbeidsvoorwaarden en beloning betreft, en wordt beheerst door de enige en laatst overgebleven „oude" richtlijn, die is vastgesteld op basis van artikel 235 EEG (thans artikel 352 VWEU).[64]

60 Zie Tobler, C., „Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam", *European Journal of Law Reform* (2000), deel 1, nr. 1, Kluwer Law International, 2000, blz. 135-151, met name blz. 142.

61 Langenfeld, C., „AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen" in Grabitz, E., Hilf, M., en Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2019, 66e bewerking, punt 84. Zie ook Krebber, S., „Art 157 AEUV" in Callies, C., en Ruffert, M., *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C.H. Beck, München, 2016, punt 73.

62 Zie arrest van 17 oktober 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, punt 21).

63 Zie in die zin arrest van 11 november 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, punt 32), dat niet langer verwijst naar de verplichting tot „strikte uitlegging", of arresten van 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punt 39), en 30 september 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, punt 24). Zie naar analogie ook arrest van 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, punt 65).

64 Andere „oude" richtlijnen op dit gebied zijn ofwel herschikt bij richtlijn 2006/54 – waarvan de rechtsgrondslag wordt gevormd door artikel 157, lid 3, VWEU – ofwel gewijzigd bij op diezelfde rechtsgrondslag vastgestelde rechtshandelingen [dat is het geval voor de reeds genoemde richtlijn 76/207 en ook voor richtlijn 75/117/EEG 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 1975, L 45, blz. 19); richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (PB 1986, L 225, blz. 40), en richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap (PB 1986, L 359, blz. 56)].

93. Vanuit een bredere invalshoek moet echter worden benadrukt dat, indien het door richtlijn 79/7 beheerste gebied zou worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU, dit het enigszins paradoxale gevolg zou hebben dat het gebied van de sociale zekerheid wordt geïsoleerd en wordt uitgesloten van de met die bepaling nagestreefde doelstelling om in de praktijk tot werkelijke gelijkheid te komen. De reden hiervoor is dat de bepalingen van richtlijn 79/7 die voorzien in de mogelijkheid van een afwijking, namelijk artikel 4, lid 2, en artikel 7, eigenlijk niet geschikt zijn als middel voor positieve discriminatie. Dit is vooral te wijten aan de beperkte uitlegging waar beide om vragen, maar ook, in specifiekere zin, aan hun verschillende opzet en doelstelling.

94. Bovendien is richtlijn 79/7, zoals reeds aangegeven, de „laatste der Mohikanen" van de wetgeving op het gebied van gelijkheid uit de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw die nog van kracht is. De schoonheid, helderheid en eenvoud van het taalgebruik in die tekst, waarvoor, gezien de wijze waarop wetgeving tegenwoordig tot stand komt, alleen maar bewondering kan bestaan, kunnen niet afdoen aan het feit dat de sociale realiteit waarmee men in 1978 te kampen had, heel anders was dan die van zo'n veertig jaar later.

95. Ik ben echter nog steeds van mening, alles in aanmerking nemende, dat het onder bepaalde voorwaarden aanvaarden van artikel 157, lid 4, VWEU als rechtvaardiging voor precies op maat gemaakte maatregelen op het gebied van de sociale zekerheid die onder richtlijn 79/7 vallen, maar kennelijk strijdig zijn met de bepalingen daarvan, stelselmatig en logischerwijs de voorkeur verdient boven het door het INSS en de Spaanse regering voorgestane alternatief, namelijk om de begrippen in richtlijn 79/7 uit te leggen en feitelijk aan te passen in het licht van artikel 157, lid 4, VWEU en een willekeurige visie op (materiële) gelijkheid. [65]

96. Zoals hierboven reeds geschetst, erkent artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 dat mannen en vrouwen in de specifieke situatie van moederschap niet vergelijkbaar zijn, maar voorziet het als zodanig niet in een concrete mogelijkheid voor „positieve actie". [66] De conceptuele wortels van positieve actie delen inderdaad een aantal elementen van de redenering die ten grondslag ligt aan de bevindingen over niet-vergelijkbaarheid in verband met moederschap, juist vanwege de specifieke situatie van benadeling waarin een van de genoemde groepen zich bevindt en het streven om tot materiële gelijkheid te komen. [67] Deze twee conceptuele categorieën – moederschap als een van de kenmerken die zich verzetten tegen vergelijkbaarheid en de mogelijkheid van positieve actie om de nadelen die vrouwen ondervinden te verhelpen of te compenseren – worden echter in de wetgeving en rechtspraak gescheiden gehouden, in ieder geval op het gebied van discriminatie op grond van geslacht. [68]

65 Zie punt 50 hierboven.

66 Zie de punten 41 en 50 van deze conclusie.

67 Zie bijvoorbeeld arrest van 18 maart 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, punt 37), waarin artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 wordt gekoppeld aan het streven om „uit te monden in een materiële en niet een formele gelijkheid". Zie ook arrest van 30 april 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, punt 26).

68 Dit wordt bevestigd door het feit dat de maatregelen ter bescherming van de vrouw wegens moederschap en positieve actie onder verschillende rechtsgrondslagen vallen, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd. De uitzondering voor „moederschap" wordt geregeld in artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54, terwijl de algemene bepaling inzake positieve maatregelen te vinden is in artikel 3 van de richtlijn. Dit gold ook voor richtlijn 76/207, waarin ook twee verschillende bepalingen aan deze verschillende categorieën waren gewijd (artikel 2, leden 3 en 4, na wijziging artikel 2, leden 7 en 8). Aan de uitzonderingen voor „moederschap" en „positieve actie" zijn ook verschillende bepalingen gewijd (artikel 4, lid 2, en artikel 6) in richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (PB 2004, L 373, blz. 37). Zie echter de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punt 17), die artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 als een maatregel van „positieve actie" lijkt neer te zetten.

97. Dit is niet louter toeval. De logica achter beide uitzonderingen is immers een andere: een uitzondering betreffende maatregelen ter bescherming van de vrouw wegens moederschap, zoals artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7, gaat uit van niet-vergelijkbaarheid in verband met een nooit veranderende, zeer specifieke biologische realiteit. Het doel hiervan is niet het verhelpen of compenseren van een eerder bestaande onevenwichtigheid of structureel nadelige situatie, die via sociale vooruitgang kan ophouden te bestaan. De werking van artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 staat de facto los van enige eerder bestaande situatie van benadeling of ondervertegenwoordiging.

98. Het onderscheid is voorts van groot belang vanuit het oogpunt van de functies en doelstellingen van de uitzonderingen voor moederschap en positieve actie. Vele door vrouwen ondervonden nadelen komen voort uit een aan hen toegekende sociaal geconstrueerde rol, en het is aannemelijk dat een zodanig ruime uitlegging van de uitzondering voor „moederschap" dat daaronder ook het „moeder-zijn" valt, die rollen bestendigt en verdere ontwikkeling daarvan stopzet, waarmee dus wordt ingegaan tegen het eigenlijke doel van positieve actie.

99. De beperkte werkingssfeer van artikel 7 van richtlijn 79/7, die verband houdt met het geleidelijke karakter van de richtlijn, vormt reeds een belangrijk bezwaar tegen de opvatting dat deze bepaling een goed middel is voor positieve actie op het gebied van de sociale zekerheid. Zoals reeds opgemerkt, is het doel van die bepaling ook niet zozeer gekoppeld aan het idee van materiële gelijkheid, maar aan de logica om bepaalde reeds bestaande verschillen ten „voordele" van vrouwen in stand te houden en tegelijkertijd het financiële evenwicht van socialezekerheidsstelsels te bewaren. [69]

100. Kortom, wanneer sociale zekerheid wordt uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU zou dit betekenen dat richtlijn 79/7 het enige specifieke instrument van secundair recht op het gebied van sociaal beleid is waarin het Uniebeginsel van gelijkheid tussen vrouwen en mannen ten uitvoer wordt gelegd dat wordt uitgesloten van de materiële benadering van gelijkheid die in artikel 157, lid 4, VWEU als algemene bepaling inzake „positieve actie" op grond van geslacht wordt gehuldigd.

101. Acceptatie van die consequentie vind ik lastig. Artikel 157, lid 4, VWEU zou dus ook moeten dienen ter rechtvaardiging van een nationale maatregel die anders discriminerend zou zijn binnen het specifieke rechtskader dat is vastgesteld door het geldende secundaire Unierecht, waaronder richtlijn 79/7, voor zover een dergelijke maatregel voldoet aan de vereisten van deze Verdragsbepaling, namelijk dat deze maatregelen „volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk" beogen te verzekeren, ertoe strekken dat er „specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken" of ernaar streven „om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren".

2. Compensatie van nadelen in de beroepsloopbaan

102. Ondanks dat de Commissie heeft aanvaard dat artikel 157, lid 4, VWEU eventueel op het gebied van de sociale zekerheid van toepassing kan zijn, voert zij aan dat de in casu aan de orde zijnde maatregel niet kan worden ondergebracht bij de uitzondering voor „positieve actie" die in dat artikel is geregeld, op grond van de uitlegging die het Hof in de arresten Griesmar en Leone aan de voorlopers daarvan heeft gegeven.

69 Zie voetnoot 52 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak.

103. In het arrest Griesmar heeft het Hof artikel 6, lid 3, van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek[70] uitgelegd in een zaak die ging over een bonificatie voor kinderen die aan vrouwelijke ambtenaren werd toegekend krachtens een bedrijfspensioenregeling. Het Hof oordeelde dat die maatregel geen maatregel voor positieve actie was zoals beoogd door artikel 6, lid 3, van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek. De maatregel bleek niet „de nadelen voor de loopbaan van vrouwelijke ambtenaren [te compenseren] door deze vrouwen te helpen in hun beroepsleven". Het Hof merkte op: „[d]eze maatregel kent vrouwelijke ambtenaren met kinderen integendeel enkel een anciënniteitsbonificatie toe bij hun pensionering, *zonder de problemen op te lossen waarmee zij tijdens hun beroepsloopbaan kunnen worden geconfronteerd*."[71] Dit werd in het arrest Leone[72] bevestigd, alsmede in diverse arresten over niet-nakoming van het Verdrag met betrekking tot bepaalde aan vrouwelijke ambtenaren toegekende voordelen inzake pensioenleeftijd en het aantal vereiste dienstjaren voor pensioen.[73]

104. Op het eerste gezicht zijn de overwegingen in die arresten ook perfect van toepassing op de bespreking van artikel 157, lid 4, VWEU in deze zaak. De moederschapstoeslag is immers van invloed op de pensioenaanspraken na de vaststelling van volledige en blijvende arbeidsongeschiktheid en niet gedurende de beroepsloopbaan van verzoeker.

105. Op het tweede gezicht rijzen er echter twee problemen met die analogie: een eerder technische en een principiële.

106. Ten eerste, het eerder *technische* argument: de rechtspraak in de zaken Griesmar en Leone hoeft niet per se zo te worden gelezen dat de mogelijkheid om artikel 157, lid 4, VWEU in te roepen geheel en al is uitgesloten in iedere situatie die verband houdt met de noodzaak tot compensatie van nadelen uit het verleden. Hetgeen in die arresten is verklaard, moet worden gezien in de context van de omstandigheden van die specifieke gevallen. Indien de *enige maatregel* die bestaat om een structureel probleem zoals de genderkloof aan te pakken, bestaat uit compensatie na pensionering, is het inderdaad legitiem te stellen dat de nationale bepalingen geen oplossingen bieden voor de problemen die vrouwen tijdens hun beroepsloopbaan ondervinden. In die omstandigheden zou compensatie na pensionering alleen zelfs kunnen bijdragen aan de bestendiging van de traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen, aangezien daarbij mannen bij de uitoefening van het ouderschap een ondergeschikte rol aan die van vrouwen blijven spelen[74] en vrouwen aan het einde van hun loopbaan feitelijk slechts een „afvloeiingsuitkering" ontvangen.

107. Naar mijn mening is de situatie heel anders wanneer een nationale maatregel, zoals in casu aan de orde, deel uitmaakt van een *ruimer systeem* van nationaal recht dat verschillende maatregelen omvat die een daadwerkelijke oplossing beogen van de door vrouwen tijdens hun beroepsloopbaan ondervonden problemen. In dat geval kan niet worden uitgesloten dat het in beginsel, indien er een algemeen wettelijk kader bestaat dat de nadelen waarmee vrouwen worden geconfronteerd beoogt te compenseren door hen *tijdens hun beroepsloopbaan* te ondersteunen, legitiem is op grond van artikel 157, lid 4, VWEU een maatregel te ontwerpen die *compensatie van nadelen uit het verleden* tot gevolg heeft. Een dergelijke maatregel zou dan een *bijkomende* maatregel zijn bij het hoofdsysteem van

70 Artikel 157, lid 4, VWEU vindt zijn oorsprong in artikel 6, lid 3, van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek gesloten tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (PB 1992, C 191, blz. 91), die in het gemeenschapsrecht werd opgenomen als Protocol nr. 14 over de sociale politiek bij het Verdrag van Maastricht.

71 Arrest van 29 november 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 65). Cursivering van mij.

72 Arrest van 17 juli 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, punten 100-103).

73 Arresten van 13 november 2008, Commissie/Italië (C-46/07, niet gepubliceerd, EU:C:2008:618, punt 57), en 26 maart 2009, Commissie/Griekenland (C-559/07, niet gepubliceerd, EU:C:2009:198, punten 66-68).

74 Zie in die zin arresten van 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punt 41), en 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punt 36).

compensatiemaatregelen die tijdens het beroepsleven van toepassing zijn. Hij zou correctief en van tijdelijke aard zijn om, uit naam van intergenerationele rechtvaardigheid, de problemen aan te pakken van diegenen die niet hebben kunnen profiteren van het streven naar gelijkheid in het socialezekerheidsstelsel.

108. Indien een dergelijke redelijke en, sterker nog, materiële en op gelijkheid gerichte uitlegging van de werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU niet zou worden omarmd, zou het mijns inziens tijd worden om de opstelling van het Hof principieel te herzien.

109. Ten eerste ligt er de tekst van artikel 157, lid 4, VWEU. Hierin staat duidelijk dat er wordt beoogd gelijkheid in de praktijk te verzekeren, niet alleen door middel van maatregelen gericht op het vergemakkelijken van *toegang* en het voorkomen van nadelen[75], maar ook door *compensatie* van die nadelen. Deze bepaling treedt mijns inziens in de plaats van de wellicht niet heel zinvolle nadruk op de tweedeling tussen gelijke kansen en gelijke resultaten die een groot deel van de vroegere rechtspraak heeft gedomineerd waarbij verschillende wetsbepalingen zijn uitgelegd.[76]

110. Ten tweede moet de uitlegging van de werkingssfeer van artikel 157, lid 4, VWEU logischerwijs worden aangepast aan het specifieke karakter van het betreffende gebied. Indien wordt aanvaard dat artikel 157, lid 4, VWEU geldt voor het gebied waarop richtlijn 79/7 van toepassing is, moet compensatie voor nadelen in de beroepsloopbaan zich noodzakelijkerwijs uitstrekken tot de gevolgen in het heden van nadelen uit het verleden. Ik zie niet in hoe dit anders kan zijn op het gebied van de sociale zekerheid, waar pensioennadelen vooral voelbaar zijn zodra men de arbeidsmarkt verlaat. Moeilijk valt in te zien hoe de kwestie van de *thans bestaande* pensioengenderkloof kan worden aangepakt door de toegang tot de arbeidsmarkt voor vrouwen te vergemakkelijken of door maatregelen te nemen terwijl zij nog op de arbeidsmarkt actief zijn (die maatregelen zouden een *eventuele toekomstige* pensioengenderkloof voorkomen), en tegelijkertijd categorisch maatregelen uit te sluiten die van toepassing zouden worden op het moment dat zij de arbeidsmarkt verlaten (en daar ligt het echte en urgentere probleem).

111. Ten derde zou een dergelijke benadering van artikel 157, lid 4, VWEU tot een resultaat leiden dat te beperkt is en een uitsluitende werking heeft, daar dit zou inhouden dat de nadelen die vrouwen tijdens hun loopbaan ondervinden voortduren tot na hun pensionering.[77] Het praktische resultaat zou in moreel opzicht twijfelachtig zijn: daar *volledige gelijkheid in de praktijk* uitsluitend geldt voor gelijke kansen *tijdens hun beroepsleven*, kan na hun vertrek van de arbeidsmarkt niets nog worden gecompenseerd, zelfs als het nadeel duidelijk voortvloeit uit de ongelijkheid die zij tijdens hun beroepsleven hebben ervaren en logischerwijs later optreedt. In dat scenario zou het begrip gelijke kansen slechts nuttig zijn als daaronder een gelijke kans zou vallen om het verleden te veranderen.

112. Derhalve stel ik voor dat artikel 157, lid 4, VWEU niet alleen kan dienen ter rechtvaardiging van een nationale maatregel die anders discriminerend zou zijn binnen het specifieke rechtskader dat is vastgesteld door het geldende secundaire Unierecht, waaronder richtlijn 79/7, maar ook kan worden ingeroepen voor maatregelen die compensatie beogen van tijdens de beroepsloopbaan ondervonden nadelen die in het beroepsleven uit ongelijkheid voortkomen, maar pas later bij het verlaten van de arbeidsmarkt optreden.

75 Hierbij moet worden opgemerkt dat artikel 23 van het Handvest zich ook alleen tot de „toegangs"-zijde van de vergelijking lijkt uit te strekken, maar eigenlijk veel verder gaat: „[h]et beginsel van gelijkheid belet niet dat maatregelen worden gehandhaafd of genomen waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ten gunste van het ondervertegenwoordigde geslacht."

76 Zie in het bijzonder, met betrekking tot de uitsluiting van vormen van „positieve actie" die een „resultaatgerichte" aanpak gericht op compensatie voor het verleden kunnen omvatten, conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punt 9). Zie over deze discussie ook conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, punten 48-50).

77 Ik ben het op dit punt eens met de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, punten 58 en 59) en in de zaak Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, punt 57).

113. In het Unierecht worden maatregelen voor positieve actie echter stelselmatig aan de evenredigheidstoets onderworpen, die vereist dat afwijkingen niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel. Er moet zoveel mogelijk een evenwicht tot stand worden gebracht tussen het beginsel van gelijke behandeling en de eisen van het aldus beoogde doel. [78]

114. In het kader van de onderhavige zaak richt ik mij nu op deze eisen.

3. Onderhavige zaak

115. Het INSS en de Spaanse regering stellen dat de betreffende uitkering een aanvullend en correctief karakter heeft. Volgens deze belanghebbenden past de „moederschapstoeslag" binnen het bredere wetgevende kader dat de gevolgen voor pensioenen van de door vrouwen tijdens hun beroepsleven ondervonden nadelen beoogt te compenseren. Diverse maatregelen zijn omschreven, waaronder maatregelen die compensatie bieden voor bijdragen na de bevalling, tijdens het zwangerschapsverlof en tijdens het ouderschapsverlof, evenals maatregelen op het gebied van arbeid, zoals de garantie op een langer vaderschapsverlof. Deze maatregelen zijn echter niet met terugwerkende kracht van toepassing en kunnen dus geen oplossing bieden voor de situatie van oudere generaties die hiervan niet hebben kunnen profiteren. Bovendien betoogt de Spaanse regering, gelet op deze maatregelen, dat de noodzaak om de „moederschapstoeslag" in de toekomst in stand te houden periodiek zou worden getoetst.

116. De nationale rechter zou met al die elementen rekening moeten houden bij de beoordeling of de betreffende maatregel inderdaad een aanvullend en compenserend karakter heeft in het kader van een breder stelsel dat feitelijk beoogt de nadelen te compenseren die vrouwen tijdens hun beroepsloopbaan ondervinden.

117. Hoewel het in theorie mogelijk is om artikel 157, lid 4, VWEU op de onderhavige zaak toe te passen, moet ik echter op basis van de aan het Hof overgelegde gegevens concluderen dat de betreffende uitkering, in de huidige opzet, in geen geval de op grond van die bepaling vereiste evenredigheidstoets zou doorstaan. Ik ben het op dit punt met de Commissie eens: de betreffende maatregel voldoet niet aan het evenredigheidsbeginsel.

118. Ten eerste moet worden opgemerkt dat de betreffende maatregel, vanuit het oogpunt of deze passend is, niet van toepassing is op niet-premiegebonden pensioenen die misschien wel meer door de genderkloof worden geraakt, in aanmerking nemende dat vrouwen van oudere generaties meer kans lopen het vereiste aantal jaren om aanspraak te maken op een premiegebonden pensioen niet eens te halen.

119. Ten tweede geldt de maatregel, zoals de Commissie opmerkt, uitsluitend voor pensioenen die vanaf 2016 zijn uitbetaald, waardoor vrouwen uit de generaties die meer kans lopen door de genderkloof te worden geraakt buiten beschouwing worden gelaten. Naar mijn oordeel zorgt dit feit voor een dermate grote discrepantie tussen het (officieel genoemde) doel van de maatregel en de voor de verwezenlijking daarvan gekozen middelen dat de maatregel niet passend is voor het verwezenlijken van dat genoemde doel. [79]

78 Zie ten aanzien van artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207, arresten van 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punt 39), en 30 september 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, punt 24). Zie in het algemeen mijn conclusie in de zaak Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punt 111).

79 Overigens kan redelijkerwijs worden aangenomen dat een dergelijke maatregel van sociaal beleid geen oplossing voor het verleden biedt, maar eerder tot gevolg heeft dat de traditionele rolverdeling juist wordt bestendigd en in haar ontwikkeling wordt stopgezet, terwijl deze net stelt aan de gevolgen hiervan voor de toekomst een einde te willen maken.

120. Ten derde voldoet de maatregel in kwestie niet aan het vereiste van noodzakelijkheid. Artikel 60, lid 1, LGSS is gebaseerd op het exclusieve en automatische criterium van geslacht. Het is uitsluitend op vrouwen van toepassing en laat geen ruimte voor enige vergoeding voor mannen in vergelijkbare situaties. Er is geen mogelijkheid om dezelfde maatregel toe te passen op mannen die zijn geconfronteerd met onderbrekingen in hun loopbaan of lagere bijdragen in verband met de opvoeding van hun kinderen. [80]

121. Een slotopmerking is op haar plaats: noch de legitimiteit van de met de nationale maatregel beoogde doelstelling, noch de door de nationale autoriteiten aangevoerde statistische gegevens ter onderbouwing van het bestaan van de genderkloof als structureel probleem worden in twijfel getrokken. Bovendien ben ik van mening dat nationale regels op het gebied van de sociale zekerheid gericht op het dichten van de genderkloof middels compensatie op grond van artikel 157, lid 4, VWEU mogelijk zijn. Artikel 60, lid 1, LGSS voldoet in zijn huidige vorm echter niet aan de vereisten van zowel passendheid als noodzakelijkheid om tegemoet te komen aan de eisen van het evenredigheidsbeginsel, waaraan moet worden voldaan om ervoor te zorgen dat een dergelijke maatregel toelaatbaar is ingevolge artikel 157, lid 4, VWEU.

122. Deze overwegingen brengen mij tot de conclusie dat de maatregel die in casu aan de orde is, ontoelaatbaar is op grond van artikel 157, lid 4, VWEU en derhalve onverenigbaar is met het Unierecht.

V. Conclusie

123. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door de Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona gestelde prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

„Artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale bepaling, zoals in casu aan de orde, die enerzijds het recht op een pensioentoeslag toekent aan vrouwen die moeder van twee of meer kinderen zijn en die aanspraak kunnen maken op een premiegebonden pensioen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid nadat die bepaling in werking is getreden, maar anderzijds in geen enkele situatie de mogelijkheid biedt dat recht toe te kennen aan mannen."

80 Zie in die zin arrest van 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 57). Zie, met betrekking tot de rol van „openingsclausules" die in bepaalde omstandigheden maatregelen voor positieve actie voor mannen bieden, arresten van 11 november 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, punt 33); 28 maart 2000, Badeck e.a. (C-158/97, EU:C:2000:163, punt 36), en 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punt 45).