CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. KOKOTT van 6 mei 2010[1]

I — Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing biedt het Hof de gelegenheid om zijn rechtspraak inzake het verbod op discriminatie op grond van geslacht te verduidelijken.

2. In het Spaanse recht hebben werkneemsters gedurende de eerste negen levensmaanden van hun kind recht op een dagelijkse verkorting van de arbeidstijd. Hoewel de wet spreekt van een werkonderbreking „ten behoeve van de lactatie", hebben volgens de Spaanse rechtspraak ook moeders die geen borstvoeding geven, recht op deze werkonderbreking. Reeds hier zij erop gewezen dat het begrip „lactatieverlof" onduidelijk is, daar de lactatie geen voorwaarde vormt voor de toekenning van de werkonderbreking. Indien een werkneemster geen gebruik maakt van de werkonderbreking, kan de vader van het kind, voor zover hij eveneens werknemer is, dit doen in plaats van de moeder.

3. Roca Álvarez vroeg een dergelijke werkonderbreking bij zijn werkgever aan. Deze werd hem geweigerd om de reden dat de moeder van het kind als zelfstandige werkzaam was en derhalve geen eigen recht op werkonderbreking had. Om die reden had Roca Álvarez geen afgeleid recht. Het Spaanse recht kent namelijk geen zelfstandig recht op werkonderbreking toe aan vaders in loondienst. Roca Álvarez ziet hierin een discriminatie op grond van zijn geslacht.

II — Rechtskader

A — *Unierecht*

4. Het unierechtelijke kader van de zaak wordt bepaald door 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.[2]

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 39, blz. 40.

1. Richtlijn 76/207

5. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 76/207 bepaalt:

„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."

6. Ingevolge artikel 2, leden 1 en 3 van deze richtlijn:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.

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

7. Artikel 5, lid 1 van de richtlijn bepaalt:

„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."

2. Richtlijn 96/34

8. Voorts moet worden gewezen op richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof. [3]

9. Hierin wordt uitvoering gegeven aan de op 14 december 1995 door de algemene brancheoverkoepelende organisaties (UNICE, CEEP en EEV) gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof. Deze raamovereenkomst is als bijlage bij de richtlijn gevoegd.

3 — PB L 145, blz. 4.

10. Clausule 2, lid 1, van de raamovereenkomst bepaalt:

„1. Krachtens deze overeenkomst wordt onder voorbehoud van clausule 2.2 aan werknemers, zowel mannen als vrouwen, bij geboorte of adoptie van een kind een individueel recht op ouderschapsverlof toegekend om hen in staat te stellen gedurende ten minste drie maanden tot een door de lidstaten en/of de sociale partners vast te stellen leeftijd van maximaal acht jaar voor hun kind te zorgen."

B — *Nationaal recht*

11. De arbeidsverhoudingen worden in Spanje geregeld in de Estatuto de los Trabajadores (hierna: „werknemersstatuut"), gewijzigd bij Real Decreto Legislativo nr. 1/1995 van 24 maart 1995. [4] Artikel 1 hiervan bepaalt dat deze wet van toepassing is op personen die vrijwillig hun diensten aanbieden tegen betaling voor rekening van een ander in het kader van een organisatie en onder aanwijzingen van een natuurlijke of rechtspersoon, werkgever genaamd.

12. Artikel 1, lid 3, van het werknemersstatuut stelt duidelijk dat iedere activiteit die wordt uitgeoefend in een kader dat afwijkt van het bepaalde in artikel 1, lid 1, van de toepassing van het werknemersstatuut is uitgesloten.

13. Artikel 37, lid 4, van het werknemersstatuut in de versie die volgens de verwijzende rechter van toepassing was toen het verzoekschrift in de onderhavige procedure werd ingediend, bepaalt:

„Een werkneemster heeft gedurende de eerste negen levensmaanden van het kind dat zij voedt het recht om het werk gedurende een uur te onderbreken, aaneengesloten of in twee keer. Zij kan in de plaats van dit recht desgewenst kiezen voor een half uur arbeidstijdverkorting per dag. Wanneer beide ouders werken kan óf de moeder óf de vader van dit verlof gebruikmaken."

14. Artikel 37 van het werknemersstatuut is bij de wet nr. 3/2007 van 22 maart 2007 [5] gewijzigd. De gewijzigde versie bepaalt, in afwijking van de eerdere versie, dat de vrouw desgewenst in plaats van het uur werkonderbreking een half uur verkorting van de dagelijkse arbeidstijd kan kiezen of, volgens de voorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst of een door haar met haar werkgever, met inachtneming van de collectieve bepalingen gemaakte afspraak, hele dagen kan opbouwen.

4 — BOE nr. 75 van 29 maart 1995, blz. 9654.

5 — BOE nr. 71 van 23 maart 2007, blz. 12611.

III — Feiten en prejudiciële vraag

15. Roca Álvarez (hierna: „verzoeker") is werknemer bij de onderneming Sesa Start España ETT SA (hierna: „werkgever").

16. Op 7 maart 2005 heeft hij bij zijn werkgever de in artikel 37, lid 4, van het werknemersstatuut voorziene werkonderbreking met behoud van loon aangevraagd. De werkgever heeft dit verzoek afgewezen. Hij voerde als reden aan dat verzoekers echtgenote zelfstandige, en geen werkneemster in loondienst was. De hoedanigheid van werknemer van de moeder vormde echter een noodzakelijke voorwaarde voor het recht op het gewenste verlof.

17. Roca Álvarez Gegen kwam op tegen deze weigering. De rechter in eerste aanleg oordeelde dat het recht op lactatieverlof wegens de formulering van de bepaling van het werknemersstatuut, die begint met „Een werkneemster", een exclusief recht is voor de moeder. Bovendien moet zij in loondienst zijn, aangezien het werknemersstatuut anders niet van toepassing is. De rechter oordeelde dat Roca Alvarez geen recht had op werkonderbreking, omdat zijn echtgenote als zelfstandige werkzaam was. Bij gebreke van een recht voor de moeder, beschikte ook de vader niet over afgeleid recht.

18. Verzoeker ging tegen deze beslissing in beroep bij de Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Deze rechter is van oordeel dat het door verzoeker opgeëiste recht enkel aan hem kan worden toegekend indien het in strijd met het beginsel van gelijke behandeling zou zijn om het betreffende recht uitsluitend aan de moeder toe te kennen.

19. Daarop heeft het Tribunal Superior de Justicia de Galicia besloten het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

Schendt een nationale wet (meer bepaald artikel 37, lid 4, van het werknemersstatuut) die het recht op lactatieverlof met behoud van loon — bestaande in een arbeidstijdverkorting van een half uur per dag of een werkonderbreking van een uur, aaneengesloten of in twee keer op te nemen, die op vrijwillige basis is, ten laste komt van de werkgever en kan worden opgenomen tot het kind negen maanden oud is — bij uitsluiting voorbehoudt aan de moeder die werkneemster in loondienst is, en dit recht niet mede toekent aan de vader die werknemer in loondienst is, het beginsel van gelijke behandeling dat elke discriminatie op grond van geslacht verbiedt, als neergelegd in artikel 13 EG 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 alsmede in richtlijn 2002/73/EG tot wijziging van genoemde richtlijn?

20. In de procedure voor het Hof hebben de Spaanse en Ierse regering, alsmede de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

IV — Juridische beoordeling

21. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een nationale regeling die enkel werkneemsters een zelfstandig recht op „lactatieverlof" toekent, in strijd is met het door het Unierecht gewaarborgde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De prejudiciële vraag haalt dienaangaande artikel 13 EG (thans artikel 19 VWEU), alsook de richtlijnen 76/207 en 2002/73 [6] aan.

22. Hieronder zal slechts juridisch worden getoetst aan richtlijn 76/207, daar richtlijn 2002/73 reeds ratione temporis niet van toepassing kan zijn op het onderhavige geval. De termijn voor omzetting van richtlijn 2002/73 verstreek op 5 oktober 2005. Verzoeker had reeds op 7 maart 2005, derhalve vóór het verstrijken van de omzettingstermijn, recht op „lactatieverlof" aangevraagd. Ook het tijdvak van het aangevraagde lactatieverlof ligt voor het verstrijken van de omzettingstermijn; dit zou duren van 4 januari 2005 tot en met 4 oktober 2005.

23. Mocht het Spaanse recht voor de uitspraak in het hoofdgeding echter niet uitgaan van de rechtspositie op het tijdstip van de aanvraag, maar van een later tijdstip — bijvoorbeeld van het tijdstip van de rechterlijke beslissing in de laatste aanleg — dan was de omzettingstermijn van de richtlijn reeds verstreken. Dit zou de uitkomst van de juridische beoordeling evenwel niet veranderen, aangezien de bepalingen die hier relevant zijn, bij richtlijn 2002/73 niet wezenlijk zijn gewijzigd.

24. De verwijzende rechter heeft geen vraag gesteld met betrekking tot de herschikking van de richtlijn bij richtlijn 2006/54 [7], die voor 15 augustus 2008 moest worden omgezet. De toepasselijkheid hiervan moet overigens al helemaal ratione temporis worden afgewezen.

6 — 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 L 269, blz. 15-20.

7 — 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, PB L 204, blz. 23.

A — *Richtlijn 76/207*

25. Richtlijn 76/207 heeft tot doel om in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen in professionele context te verwezenlijken. Hiertoe verbiedt artikel 2, lid 1, hiervan zowel directe als indirecte discriminatie op grond van geslacht. Artikel 5, lid 1, bepaalt dat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden inhoudt dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht. Hieronder moet derhalve eerst worden getoetst of de bepalingen die het voorwerp van het geding uitmaken, de arbeidsvoorwaarden betreffen en leiden tot een ongelijke behandeling op grond van geslacht.

1. Ongelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden

26. Artikel 37, lid 4, van het Spaanse werknemersstatuut verleent voor de eerste negen levensmaanden van een kind het recht op een verkorting van de arbeidstijd. Deze kan de vorm aannemen van een verkorting van een half uur van de dagelijkse arbeidstijd of van een werkonderbreking van een uur, die in tweeën kan worden gedeeld. De regeling die aan de orde is in het hoofdgeding, betreft derhalve de omvang van de arbeidsprestatie en aldus de arbeidsvoorwaarden en valt om die reden binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207.

27. Een dergelijke regeling leidt ook tot een ongelijke behandeling op grond van geslacht.

28. Volgens zijn formulering verleent artikel 37, lid 4, van het werknemersstatuut het recht op arbeidstijdverkorting alleen aan werkneem*sters*, werknemers daarentegen hebben geen zelfstandig recht op arbeidstijdverkorting. Zij beschikken hoogstens over een afgeleid recht: enkel wanneer de moeder een zelfstandig recht heeft, kan ook de vader hiervan gebruikmaken.

29. De ongelijke behandeling is derhalve hierin gelegen dat werkneemsters een *zelfstandig* recht op arbeidstijdverkorting hebben, en werknemers daarentegen enkel een van de moeder van het kind *afgeleid* recht. Terwijl een moeder die werkneemster is, altijd recht heeft op werkonderbreking, heeft de vader die werknemer is, slechts recht op een werkonderbreking indien ook de moeder van het kind werkneemster is. Indien de moeder echter werkzaam is als zelfstandige en derhalve zelf geen recht heeft op werkonderbreking, heeft ook de vader geen overeenkomstig recht. De werkneemster heeft dit recht echter ook wanneer de vader van het kind als zelfstandige werkzaam is.

30. In beginsel bevinden mannen en vrouwen zich in onderhavige context ook in een vergelijkbare positie, aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werkonderbreking — zoals dadelijk moet worden aangetoond — in de eerste plaats dient ter verzorging van een kind. Daar de betreffende bepaling het recht uitdrukkelijk enkel aan werkneemsters toekent, is dientengevolge sprake van een indirecte ongelijke behandeling op grond van geslacht.

31. Hierna moet worden onderzocht of deze ongelijke behandeling is toegestaan op basis van één van de omstandigheden die een reden voor afwijking van de richtlijn vormen.

2. Bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw voor wat zwangerschap en moederschap betreft

32. Artikel 2, lid 3, van de richtlijn geeft de lidstaten het recht bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw „voor wat zwangerschap en moederschap betreft" te handhaven of in te voeren. Deze bepaling vormt een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling en moet derhalve eng worden uitgelegd [8], om te voorkomen dat de algemene regeling wordt uitgehold. [9]

33. Artikel 2, lid 3, van de richtlijn moet volgens de rechtspraak de behoeften van de vrouw in tweeërlei opzicht beschermen. Allereerst heeft het tot doel om haar biologische gesteldheid tijdens en na de zwangerschap te beschermen, en ten tweede om de bijzondere relatie tussen moeder en kind in de periode na de zwangerschap en de bevalling te beschermen. [10]

34. De Spaanse regeling in het geding vormt echter geen ongelijke behandeling die ingevolge artikel 2, lid 3 van de richtlijn is toegestaan, aangezien het hier bij nader onderzoek geen bepaling betreft ter bescherming van de vrouw bij zwangerschap en moederschap in de zin van de richtlijn.

35. Een bepaling die werkneemsters ten behoeve van *lactatie* bepaalde gunsten verleent, kan ongetwijfeld de bescherming van de vrouw bij moederschap dienen. Alleen vrouwen kunnen hun kind borstvoeding geven en bovendien staat de lactatie in direct verband met hun moederschap. Met de Ierse regering moet derhalve worden ingestemd dat een

8 — Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 44).

9 — Zie in die zin, arrest van 22 april 2010, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-346/08, Jurispr. blz. I-3491, punt 39).

10 — Arresten van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25); 30 april 1998, Thibault (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 25); 18 maart 2004, Merino Gómez (C-342/01, Jurispr. blz. I-2605, punt 32); 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, Jurispr. blz. I-9383, punt 43), en 20 september 2007, Kiiski (C-116/06, Jurispr. blz. I-7643, punt 46). Zie punt 42 van deze conclusie inzake de ouder-kindverhouding.

verbetering van de positie van werkneemsters die borstvoeding geven, geen verboden discriminatie vormt van manlijke werknemers.

36. Niettegenstaande de aanduiding als lactatietijd, dient de aan de orde zijnde Spaanse werkonderbreking echter niet in de eerste plaats ter bescherming van de moeder die borstvoeding geeft. Zoals de verwijzende rechter heeft uiteengezet, moest de regeling die teruggaat tot 1900, oorspronkelijk de moeder in staat stellen haar kind borstvoeding te geven; ondertussen dient zij echter niet langer deze doelstelling. Tegenwoordig is de lactatie geen voorwaarde meer voor de werkonderbreking. De Spaanse rechtspraak past deze bepaling veeleer ook bij flessenvoeding van het kind toe.

37. De verwijzende rechter kwalificeert het doel van de werkonderbreking hiertoe terecht als pure tijd voor de bezigheden met het kind. Dat het doel van de aan de orde zijnde werkonderbreking niet alleen van de lactatie, maar ook meer in het algemeen volledig van voeding is losgekoppeld, wordt bovendien verduidelijkt door de laatste wijziging van artikel 37 van het werknemersstatuut. [11] Hierdoor wordt het namelijk mogelijk om de dagelijkse werkonderbreking van een uur op te bouwen tot een recht op aaneengesloten verlof. Op de dagen waarop wordt gewerkt, is dan echter geen extra tijd voor de (borst) voeding van het kind beschikbaar.

38. Overigens heeft volgens het Spaanse recht ook de vader recht op werkonderbreking, voor zover de moeder hier recht op heeft. Dit bevestigt de aard van de Spaanse bepaling als maatregel ter verlichting van de kinderverzorging en niet als maatregel ter bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw. Enerzijds kan de vader namelijk de flessenvoeding aan het kind alsmede de kinderverzorging in het algemeen evengoed op zich nemen. Anderzijds is het niet duidelijk waarin de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw is gelegen wanneer zij persoonlijk geen arbeidstijdverkorting aanvraagt en volledig doorwerkt, terwijl haar echtgenoot arbeidstijdverkorting krijgt.

39. Het Hof heeft weliswaar herhaaldelijk benadrukt dat de richtlijn de lidstaten een beoordelingsmarge laat ten aanzien van de sociale maatregelen die zij nemen om in verband met zwangerschap en moederschap voor bescherming van de vrouw te zorgen. [12] Dit houdt in dat de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid hebben bij de vraag welke maatregelen zij voor deze bescherming noodzakelijk achten. De maatregelen kunnen dientengevolge ook per lidstaat verschillen.

11 — Deze verandering is volgens de opgave van de verwijzende rechter weliswaar ratione temporis niet van toepassing op deze zaak, maar kan evenwel bij de beoordeling van de aard van de aan de orde zijnde werkonderbreking worden gebruikt.

12 — Arrest Hofmann (aangehaald in voetnoot 10, punt 27).

40. Doordat de Spaanse regeling, indien de moeder het recht heeft, ook de vader toestaat het werk te onderbreken, komt echter duidelijk tot uitdrukking dat zij niet in hoofdzaak is gericht op de bescherming van de moeder. Deze regeling kan veeleer worden verklaard vanuit het oogpunt van het kind, wiens zorgbehoefte afwisselend kan worden vervuld door een werkonderbreking van de moeder of van de vader.

41. In zoverre onderscheidt het onderhavige geval zich ook van de feiten die ten grondslag lagen aan de zaak Hofmann. In die zaak ging het om een bepaling van een lidstaat die *alleen* moeders na afloop van de wettelijke beschermingstermijn een door de staat begunstigd moederschapsverlof toekende, dat in geen geval ook door de vader kon worden waargenomen. In die context stelde het Hof vast dat richtlijn 76/207 de lidstaten niet verplichtte om een dergelijk verlof ook aan vaders toe te kennen, aangezien een dergelijk moederschapsverlof de bescherming van de vrouw ten aanzien van de gevolgen van zwangerschap en moederschap tot doel had.

42. In deze context legde het Hof de nadruk op de functie van een moederschapsverlof als bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind in de tijd onmiddellijk na de bevalling, om verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening te voorkomen.[13] Dit beschermingsaspect wordt gedeeltelijk beschouwd als achterhaald, aangezien ook de vader kan zorgen voor de noodzakelijke aandacht voor het kind.[14] In ieder geval kan een cumulatie van lasten voor de moeder ook al worden voorkomen indien de vader de verzorging van het kind overneemt. In het onderhavige geval hoeft het gewicht van het beschermingsaspect in het Unierecht evenwel niet definitief te worden verduidelijkt, aangezien uit het Spaanse recht — waarin de werkonderbreking in veel gevallen ook door de vader kan worden opgenomen — zelf blijkt dat het hier niet gaat om de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind.

43. Tot besluit moet nog worden ingegaan op het bezwaar van de Spaanse regering dat een individueel recht op de onderhavige werkonderbreking alleen aan vrouwen hoeft te worden toegekend aangezien alleen zij kunnen beslissen over de wijze van voeding voor het kind. Ook dit bezwaar snijdt echter geen hout, alleen al omdat deze werkonderbreking slechts historisch gezien en in naam „lactatietijd" betreft, maar in de Spaanse rechtspraktijk volledig is losgemaakt van de kwestie van de voeding van het kind. De algemene vraag is weliswaar aan wie het recht op werkonderbreking moet worden toegekend, indien de ouders hierover zelf niet tot overeenstemming kunnen komen, doch om deze conflictsituatie op te lossen is het geenszins

13 — Zie de in voetnoot 10 aangehaalde arresten.

14 — Zie bijvoorbeeld Langenfeld in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Stand Januar 2008, artikel 141, punt 101.

noodzakelijk om de vader een individueel recht op de werkonderbreking te onthouden. Het staat veeleer aan het nationale recht om hier een afweging van belangen te maken die in overeenstemming is met het beginsel van gelijke behandeling.

46. Het is al niet duidelijk dat de structuur van een gedeeltelijke werkonderbreking, zoals in de Spaanse regeling bestaat, geschikt kan zijn om bestaande feitelijke ongelijkheden ten nadele van vrouwen op te heffen of slechts maar te verminderen. Het tegendeel is eerder het geval; een regeling als de Spaanse brengt het gevaar mee bij te dragen aan de achterstelling van werkende vrouwen.

3. Maatregelen ter bevordering van gelijke kansen

44. Tot slot moet nog worden nagegaan of een regeling als die in het hoofdgeding is toegestaan volgens artikel 2, lid 4, van richtlijn 76/207. Volgens dit artikel vormt de richtlijn 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 nadelig beïnvloeden.

45. Volgens vaste rechtspraak heeft deze bepaling het nauwkeurig bepaalde en beperkte doel om maatregelen toe te staan die, hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen. [15]

47. Wanneer alleen werkneemsters een individueel recht op de aan de orde zijnde werkonderbreking hebben en werknemers daarentegen slechts beschikken over een van de moeder van het kind afgeleid recht op onderbreking, draagt dit bij tot het bestendigen van een traditionele rolverdeling [16] en beperkt dit zelfs de mogelijkheid van vaders die in loondienst zijn, om de kinderverzorging op zich te nemen. Alleen wanneer beide ouders werknemer zijn, kunnen zij vrijelijk beslissen wie gebruik maakt van de werkonderbreking voor de verzorging van het kind. Indien enkel de vader werknemer is en de moeder daarentegen zelfstandige, heeft de vader geen recht op de werkonderbreking: de extra tijd voor verzorging die het Spaanse werknemersstatuut wil toekennen, moet dan door de moeder

15 — Arresten van 17 oktober 1995, Kalanke (C-450/93, Jurispr. blz. I-3051, punt 18); 11 november 1997, Marschall (C-409/95, Jurispr. blz. I-6363, punt 26), alsmede 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, Jurispr. blz. I-2891, punt 32).

16 — Het Hof heeft al op dit gevaar gewezen in zijn arrest van 19 maart 2002, Lommers (aangehaald in voetnoot 15, punt 41).

worden opgenomen, die hiertoe dan wel haar zelfstandige activiteit moet beperken en derhalve een economisch nadeel op de koop moet toenemen, of een daarmee gepaard gaande zwaardere belasting moet dragen.

48. De verwijzende rechter heeft ook in deze richting geredeneerd en gewezen op een door hem als „boemerangeffect" aangeduide consequentie van de Spaanse regeling. Uit werkgeversoogpunt levert de structuur van de Spaanse regeling namelijk zelfs een grond om bij vacatures de voorkeur te geven aan een mannelijke sollicitant boven een vrouwelijke. De werkgever moet bij de aanstelling van een vrouw namelijk al rekening houden met de mogelijkheid van een toekomstige zwangerschap respectievelijk moederschap en de daarmee samenhangende rechten voor de werkneemster, maar daarenboven kan zij in ieder geval ook aanspraak maken op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde werkonderbreking. Bij de aanstelling van de mannelijke sollicitant loopt de werkgever daarentegen niet alleen hoe dan ook feitelijk een geringer risico dat deze überhaupt van de werkonderbreking gebruik maakt, maar bovendien heeft de werknemer in de gevallen dat de moeder van het kind zelfstandige is, al helemaal geen recht op de werkonderbreking die in het hoofdgeding aan de orde is.

49. Derhalve wordt de aan de orde zijnde ongelijke behandeling evenmin gerechtvaardigd door artikel 2, lid 4.

B — *Richtlijn 96/34*

50. De Commissie is in haar opmerkingen tot de slotsom dat een bepaling als die welke aan de orde in het hoofdgeding, ook in strijd is met de raamovereenkomst inzake ouderverlof. De voor de bezigheden met een kind toegekende werkonderbreking komt overeen met ouderverlof in de zin van deze richtlijn. Clausule 2 van de raamovereenkomst kent werkende vrouwen en mannen een individueel recht toe op ouderverlof. Deze bepaling verzet zich tegen een nationale regeling die in de context als die in het hoofdgeding enkel vrouwen een individueel recht op werkonderbreking toekent.

51. De verwijzende rechter heeft in zijn prejudiciële vraag niet verwezen naar richtlijn 96/34. In de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing wijst hij er echter op dat het Spaanse recht geen samenhangend ouderschapsverlof kent, maar de verplichtingen van de richtlijn nakomt door verschillende soorten regelingen, waaronder de werkonderbreking die in het hoofdgeding aan de orde is. De verwijzingsbeslissing bevat hierover echter geen verdere gegevens. Zo ontbreken met name details inzake de overige Spaanse regelingen met betrekking tot het ouderschapsverlof. In deze context is het niet mogelijk om te onderzoeken of sprake is van een schending van richtlijn 96/34. Aangezien

evenwel al is vastgesteld dat er sprake is van een schending van richtlijn 76/207, hoeft een schending van richtlijn 96/34 niet te worden besproken.

C — *Tussenconclusie*

52. Een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding is onverenigbaar met richtlijn 76/207.

D — *Gevolgen voor het hoofdgeding*

53. Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen welke gevolgen deze vaststelling heeft voor het hoofdgeding, waarin een privaatrechtelijke arbeidsverhouding aan de orde is.

54. In dat opzicht zij er echter aan herinnerd dat een richtlijn volgens vaste rechtspraak uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen. [17]

55. Daarentegen heeft het Hof in twee recentere arresten vastgesteld dat het aan de nationale rechters staat om ook in geschillen tussen particulieren elke bepaling van nationaal recht die strijdig is met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, buiten toepassing te laten. [18] Afgewacht moet worden of het Hof een dergelijke horizontale rechtstreekse werking wil uitbreiden tot andere algemene rechtsbeginselen zoals het verbod van discriminatie op grond van geslacht. In het bijzonder moet voor een dergelijke verdere ontwikkeling worden ingegaan op de dogmatische fundamenten van de omstreden horizontale rechtstreekse werking en de grenzen hiervan. [19]

17 — Arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48); 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 20); 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punten 108 en 109); 7 juni 2007, Carp (C-80/06, Jurispr. blz. I-4473, punt 20), en 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 46).

18 — Arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punt 77), en 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Jurispr. blz. I-365, punt 51). Zie hierover ook mijn conclusie van heden in de zaak Andersen (C-499/08, punt 22 e.v.).

19 — Zie in dit verband bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 30 juni 2005 in de zaak Mangold (Jurispr. blz. I-9981, punten 83, 84 en 100), van advocaat-generaal Mazák van 15 februari 2007 in de zaak Palacios de la Villa (C-411/05, Jurispr. blz. I-8531, punten 133 tot en met 138) en van advocaat-generaal Sharpston van 22 mei 2008 in de zaak Bartsch (C-427/06, Jurispr. blz. I-7245, punten 79 tot en met 93), telkens met verdere verwijzingen.

56. Aangezien de verwijzende rechter het Hof hiernaar niet heeft gevraagd, zou het te ver voeren dit hier te bespreken.

57. Daarenboven moet in ieder geval voorrang worden gegeven aan een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht. De nationale rechter heeft de verplichting om binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke te doen om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en met toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling. [20] Tegen een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht pleit niet dat hierdoor mogelijk de particulier wordt belast. [21] Zo geldt de plicht tot conforme uitlegging, zoals algemeen wordt erkend, ook in horizontale rechtsverhoudingen waarin een particulier noodzakelijkerwijze indirect een last wordt opgelegd. [22]

58. In het onderhavige geval pleit veel ervoor dat de verwijzende rechter bij wege van uitlegging kan komen tot een richtlijnconform resultaat. Immers, de norm die hier aan de orde is, heeft in het verleden al een ruimere uitlegging gekregen en is, gelet op de maatschappelijke ontwikkeling, losgemaakt van de lactatie. Ook is in bepaalde gevallen vaders al een recht toegekend. De verwijzende rechter heeft evenmin tot uiting gebracht dat hij moeilijkheden ondervond om middels uitlegging van het Spaanse recht tot de hier voorgestane conclusie te komen.

20 — Arresten Pfeiffer e.a. (aangehaald in voetnoot 17, punt 115 e.v.); arresten van 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 111); 15 april 2008, Impact (C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punt 101) en 23 april 2009, Angelidaki e.a. (C-378/07–C-380/07, Jurispr. blz. I-3071, punt 200).

21 — Zie in dit verband mijn conclusie van 8 februari 2007, Kofoed (C-321/05, Jurispr. blz. I-5795, punt 65) en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

22 — Zie bijvoorbeeld arresten van 13 november 1990 (Marleasing, C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punten 6 en 8, en Faccini Dori (aangehaald in voetnoot 17, punten 20, 25 en 26).

V — Conclusie

59. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt op de prejudiciële vraag te antwoorden:

„Een nationale regeling, die een zelfstandig recht op een werkonderbreking met behoud van loon ten behoeve van de verzorging van een kind — bestaande in een dagelijkse arbeidstijdverkorting van een half uur of een werkonderbreking van een uur, die in twee keer kan worden opgenomen — bij uitsluiting voorbehoudt aan de moeder die werkneemster in loondienst is, en dit recht evenwel niet toekent aan een vader die werknemer in loondienst is, is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling in de zin 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."