en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, wanneer hij weigert met een door hem geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond van de mogelijke nadelige gevolgen die voor hem van de aanstelling van een zwangere vrouw zijn te verwachten ten gevolge van een regeling van de overheid betreffende arbeidsongeschiktheid, waarin met verhindering om dienst te verrichten wegens ziekte wordt gelijk gesteld verhindering in verband met zwangerschap en bevalling. De omstandigheid dat geen enkele man naar de vacante post heeft gesolliciteerd, maakt geen verschil.

2. Ofschoon richtlijn 76/207/EEG de Lid-Staten vrijlaat om voor de op schending van het discriminatieverbod te stellen sanctie een keuze te maken uit de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, impliceert zij niettemin, dat wanneer een Lid-Staat een sanctie kiest in het kader van een burgerlijke aansprakelijkheidsregeling, elke schending van het discriminatieverbod als zodanig reeds volstaat voor de volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd, en dat de in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden niet kunnen worden erkend.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-177/88 *

I — De relevante rechtsvoorschriften

A — *Richtlijn 76/207/EEG*

Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 (PB 1976, L 39, blz. 40, hierna: de richtlijn) beoogt volgens artikel 1, lid 1, de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten 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.

Artikel 2, lid 1, van de richtlijn luidt als volgt:

„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."

Artikel 2, lid 3, bepaalt echter, dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de

* Procestaal: Nederlands.

vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

Artikel 3, lid 1, bepaalt dat het aldus omschreven beginsel van gelijke behandeling van toepassing is op de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak. Volgens artikel 3, lid 2, moeten de Lid-Staten de nodige maatregelen treffen om te bereiken dat:

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

b) de bepalingen in collectieve of in individuele arbeidsovereenkomsten, in arbeidsreglementen van bedrijven alsmede in de statuten van vrije beroepen, welke strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling, nietig zijn, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden;

c) ..."

Ten slotte bepaalt artikel 9, lid 1, dat voor wat bovengenoemde bepalingen betreft, de Lid-Staten binnen een termijn van dertig maanden volgende op de kennisgeving van de richtlijn, dat wil zeggen vóór 12 augustus 1978, de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden.

B — *Het nationale recht*

De Nederlandse Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen van 1 maart 1980 (Stbl. 86) beoogt de Nederlandse wetgeving aan te passen aan richtlijn 76/207/EEG. Bij artikel 1 ervan is een nieuw artikel 1637 in het Burgerlijk Wetboek ingevoegd. Dit artikel luidt als volgt:

„1. De werkgever mag geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen, hetzij onmiddellijk, hetzij middellijk bij voorbeeld door verwijzing naar de echtelijke staat of de gezinsomstandigheden, bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de arbeider, in de arbeidsvoorwaarden...

...

3. Het in de eerste zin van het eerste lid van dit artikel bepaalde is niet van toepassing, indien het bedingen betreft die op de bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap of moederschap, betrekking hebben.

4. Het in de eerste zin van het eerste lid van dit artikel bepaalde is niet van toepassing, indien het bedingen betreft die arbeiders van een bepaald geslacht in een bevoorrechte positie beogen te plaatsen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen.

..."

Artikel 3, lid 1, van deze wet bepaalt:

„Het is niet toegelaten in de advertentie waarin een betrekking aangeboden wordt of bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen, hetzij onmiddellijk, hetzij middellijk bij voorbeeld door verwijzing naar de echtelijke staat of de gezinsomstandigheden. Het in dit artikel bepaalde is niet van toepassing in die gevallen waarin het geslacht bepalend is."

Artikel B 2 van de Algemene burgerlijke pensioenwet van 6 januari 1966 (Stb. 6) (hierna: ABPW) bepaalt dat personeelsleden van het bijzonder onderwijs ambtenaar zijn in de zin van deze wet (ofschoon zij overigens het statuut hebben van werknemer in de zin van het burgerlijk recht).

Het Koninklijk Besluit van 19 december 1967 (Stb. 683), vastgesteld ter uitvoering van artikel B 13 van de ABPW, betreft de Regeling aanspraken bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekten of gebreken voor bepaalde groepen ambtenaren in de zin van de ABPW.

Volgens artikel 2, lid 1, „geniet de werknemer, die wegens ziekte verhinderd is zijn dienst te verrichten, gedurende de kalendermaand, waarin de verhindering is ontstaan, en gedurende het daarop volgende jaar zijn volle loon en vervolgens 80% van zijn loon".

Artikel 3 van dit Koninklijk Besluit, zoals gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 24 december 1975 (Stbl. 767) luidt:

„1. Met verhindering om dienst te verrichten wegens ziekte wordt voor de toepassing van dit besluit gelijkgesteld verhindering in verband met zwangerschap en bevalling dan wel wegens gebreken.

2. De verhindering in verband met zwangerschap wordt in ieder geval geacht te bestaan van de dag af, waarop de bevalling blijkens een verklaring van een geneeskundige of van een verloskundige, aangevende het vermoedelijke tijdstip der bevalling, binnen een tijdsverloop van zes weken valt te verwachten.

3. De verhindering in verband met bevalling wordt in ieder geval geacht te bestaan gedurende ten minste zes weken na de dag der bevalling."

Artikel 14 van dit Koninklijk Besluit luidt:

„De bepalingen van dit besluit vinden geen toepassing ten aanzien van werknemers op wie een rechtspositieregeling, geldend voor personeel van het rijk, een provincie of een gemeente, inhoudende aanspraken bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekten of gebreken, van toepassing is, alsmede ten aanzien van werknemers van lichamen voor wie een eigen regeling inhoudende aanspraken bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekten of gebreken geldt die hun geen mindere aanspraken te dier zake verleent dan voor hen uit de toepasselijkheid van dit besluit zouden voortvloeien."

Volgens het verwijzingsarrest is het risico van arbeidsongeschiktheid wegens ziekten van de werknemers van VJV verplicht ondergebracht bij de Stichting Risicofonds sociale voorzieningen bijzonder onderwijs (hierna: het Risicofonds). Deze stichting stelt de bij haar aangesloten individuele werkgevers schadeloos, wanneer een verzekerde ziek wordt en valt onder de voorwaarden gesteld in het interne reglement van het Risicofonds betreffende de dagvergoedingen bij ziekte (het Ziekengeldreglement). Artikel 6 van het Ziekengeldreglement („weigeringsbevoegdheid") luidt als volgt:

„Het bestuur heeft de bevoegdheid uitkering van ziekengeld aan een deelnemer geheel of ten dele te weigeren:

a) indien een verzekerde ongeschikt was tot het verrichten van zijn dienst op het tijdstip, dat de verzekering een aanvang nam;

b) indien een verzekerde ongeschikt tot het verrichten van zijn dienst is geworden binnen een half jaar na het tijdstip, dat de verzekering een aanvang nam, terwijl de gezondheidstoestand van de betrokkene ten tijde van die aanvang het intreden van deze ongeschiktheid binnen een half jaar kennelijk moest doen verwachten;

..."

Artikel 6 van het Ziekengeldreglement verschilt van artikel 44 van de Ziektewet, welke wet de meestal voor werknemers in de particuliere sector geldende verzekeringsregeling inhoudt en op grond waarvan Dekker verzekerd was tijdens het beroep dat zij uitoefende voordat zij solliciteerde naar een betrekking bij VJV. Waar artikel 44, lid 1, sub a, eerste en tweede streepje, een aan artikel 6 van het Ziekengeldreglement analoge regeling bevat, bepaalt artikel 44, lid 1, sub b:

„Het bestuur van de bedrijfsvereniging of van de afdelingskas is bevoegd de uitkering van ziekengeld geheel of ten dele te weigeren:

a) ...

b) bij zwangerschap ontstaan vóór, of bevalling binnen zes maanden na de dag, waarop de verzekering een aanvang nam; het in de voorgaande zinsnede bepaalde vindt geen toepassing, indien in de periode van zwangerschap, ... de verzekering, vroegere verzekeringen van de verzekerde inbegrepen, niet gedurende meer dan 60 dagen is onderbroken geweest."

Gelet op de redactie van de derde prejudiciële vraag van de Hoge Raad, zij nog gewezen op de artikelen 1401 en 1402 BW. Artikel 1401 bepaalt: „Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebragt, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verpligting om dezelve te vergoeden"; artikel 1402 luidt: „Een ieder is verantwoordelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft."

II — De feiten en het procesverloop

In juni 1981 solliciteerde Dekker naar de post van vormingswerker bij het door VJV gedreven jongerencentrum. Op 15 juni 1981 liet zij de sollicitatiecommissie weten, drie maanden zwanger te zijn. Nadat deze com-

missie haar desondanks bij het bestuur van VJV als meest geschikte kandidaat voor de functie had voorgedragen, werd Dekker vervolgens bij brief van 10 juli 1981 meegedeeld, dat zij niet zou worden aangenomen.

Als reden voor de weigering vermeldde deze brief, dat Dekker reeds bij haar sollicitatie zwanger was en dat VJV volgens door haar gewonnen inlichtingen geen uitkering zou krijgen tijdens Dekkers afwezigheid in verband met zwangerschap en bevalling. Derhalve zou VJV Dekker het eerste jaar 100% en het tweede jaar 80% van haar laatstelijk genoten salaris moeten betalen, zonder dat zij die bedragen van het Risicofonds zou terugkrijgen. VJV zou dus onmogelijk een vervanger kunnen aanstellen, waardoor zij een deel van haar formatieplaatsen zou verliezen.

Nadat de Arrondissementsrechtbank en het Gerechtshof Dekkers vordering tot schadevergoeding wegens gederfde inkomsten hadden afgewezen, stelde laatstgenoemde tegen het arrest van het Gerechtshof beroep tot cassatie in.

Van oordeel dat in deze zaak vragen over de uitlegging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad rijzen, die van invloed kunnen zijn op de uitlegging van de Nederlandse wet ter uitvoering daarvan en van de daarvoor reeds bestaande wettelijke regeling, heeft de Hoge Raad bij arrest van 24 juni 1988 het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag de volgende vragen voorgelegd:

„1) Handelt een werkgever, hetzij direct, hetzij indirect, in strijd met het in artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van de richtlijn bedoelde beginsel van gelijke behandeling, wanneer hij weigert met een door hem geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond van de nadelige gevolgen die voor hem van haar bij die sollicitatie bestaande zwangerschap zijn te verwachten in verband met een regeling van de overheid betreffende arbeidsongeschiktheid, waarin met verhindering om dienst te verrichten wegens ziekte wordt gelijkgesteld verhindering in verband met zwangerschap en bevalling?

2) Maakt het daarbij verschil of mannelijke sollicitanten ontbraken?

3) Is het verenigbaar met de artikelen 2 en 3:

a) dat, wanneer vaststaat dat het beginsel van gelijke behandeling jegens de afgewezen sollicitante is geschonden, daarnaast voor toewijzing van

een op die schending gegronde vordering als de onderhavige nog schuld van de werkgever vereist is; of

b) dat bij vaststaan van een zodanige schending de werkgever zijnerzijds nog een beroep op een rechtvaardigingsgrond kan doen, zonder dat zich een van de gevallen van artikel 2, leden 2 tot en met 4, voordoet?

4) Indien schuld als bedoeld onder 3 mag worden geëist dan wel rechtvaardigingsgronden kunnen worden ingeroepen, is dan voor het ontbreken van schuld, onderscheidenlijk de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond voldoende dat de werkgever risico's loopt als onder de feiten weergegeven, of moeten de artikelen 2 en 3 aldus worden uitgelegd dat hij deze risico's heeft te dragen, behoudens de situatie dat hij zich volledige zekerheid heeft verschaft dat de uitkering wegens arbeidsongeschiktheid wordt geweigerd, onderscheidenlijk dat het verlies aan formatieplaatsen wordt geleden, en hij al het mogelijke heeft gedaan om zulks te voorkomen?"

Het arrest van de Hoge Raad is op 30 juni 1988 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door E. J. P. Dekker, verzoekster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door T. E. van Dijk, advocaat te 's-Gravenhage; VJV, verweerster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door J. L. de Wijkerslooth, advocaat te 's-Gravenhage; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. A. Gensmantel, Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde; de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door E. J. Jacobs, secretaris-generaal van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Banks en B. J. Drijber, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft echter de Nederlandse regering schriftelijk verzocht om op zijn laatst op 15 juli 1989 een volledig afschrift over te leggen van het Ziekengeldreglement. Aan dit verzoek is binnen de gestelde termijn gevolg gegeven.

III — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

De eerste vraag (bestaan van directe of indirecte discriminatie)

Verzoekster in het hoofdgeding betoogt, dat beide feitenrechters in casu hebben geoordeeld, dat de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in beginsel was geschonden. Volgens de rechtbank was artikel 1637ij BW (ingevoegd bij artikel 1 van deze wet) geschonden, volgens het Gerechtshof te Amsterdam artikel 3 van deze wet. Beide rechterlijke instanties hebben vervolgens de vordering tot schadevergoe-

ding afgewezen op de grond dat de werkgever een aanvaardbare rechtvaardigingsgrond had aangevoerd, waardoor de schending van de wet haar onrechtmatig karakter verloor. De omstandigheid dat op een zwangere sollicitante een overheidsregeling van toepassing is, waarin verhindering om de dienst te verrichten wegens ziekte gelijk wordt gesteld met verhindering in verband met zwangerschap en bevalling, ontneemt aan de verwijzing van de werkgever naar haar zwangerschap niet het seksegebonden karakter. De overheidsregeling bepaalt niet meer dan dat er bij verschillende oorzaken voor verhindering om de dienst te verrichten, soortgelijke aanspraken van de werknemer bestaan.

De weigeringsbevoegdheid van het Risicofonds kan mannen en vrouwen treffen, indien het om verhindering bij ziekte gaat. Het nadeel van weigering van uitkering van ziekengeld in geval van zwangerschap en bevalling is een nadeel dat uitsluitend bij vrouwelijke werknemers kan ontstaan. De werkgever die zich beroept op dit nadeel, voert dan een belemmering aan die zich uitsluitend bij vrouwen kan voordoen en maakt in dat geval een onderscheid dat door de richtlijn is uitgesloten.

De vraag of een verwijzing naar zwangerschap een directe of indirecte discriminatie inhoudt, is door de nationale rechterlijke instanties niet beantwoord. In de literatuur wordt een verwijzing naar zwangerschap wel als het maken van indirect onderscheid aangemerkt, waarbij men zwangerschap dan ziet als een verwijzing naar het in de richtlijn genoemde indirecte onderscheid naar gezinsomstandigheden. Volgens verzoekster moet een dergelijke verwijzing als het maken van direct onderscheid worden aangemerkt. In de onderhavige zaak gaat het juist niet om de gezinsomstandigheden die ten gevolge van de zwangerschap zullen ontstaan, maar om de absoluut geslachtsgebonden verhindering om arbeid te verrichten in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof.

Zou geoordeeld worden, dat de verwijzing naar zwangerschap in de onderhavige zaak toch dient te worden aangemerkt als indirect onderscheid, dan merkt verzoekster op dat niet kan worden aangenomen, dat het door de werkgever gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd was. Na te hebben vernomen dat het Risicofonds de bevoegdheid had om uitkering te weigeren, heeft de werkgever de sollicitante onmiddellijk afgezegd, zulks in strijd met het in het gemeenschapsrecht neergelegde noodzakelijkheids- en evenredigheidsbeginsel. De werkgever heeft overigens niets ondernomen om na te gaan, of de weigeringsbevoegdheid zou worden toegepast, noch om te voorkomen dat die bevoegdheid zou worden gebruikt, noch om de eventuele nadelige gevolgen daarvan te voorkomen.

Ten slotte waren de te verwachten gevolgen niet dermate ernstig, dat haar belang bij de naleving van het beginsel van gelijke behandeling daarvoor moest wijken.

Volgens *verweerster in het hoofdgeding* moet de eerste vraag van de Hoge Raad ontkennend worden beantwoord. Na enkele opmerkingen over het begrip „deelnemersuur" in de Nederlandse context en over het verband tussen dit begrip en het personeelsbestand van een organisatie als VJV, dat wordt uitgedrukt in het aantal formatieplaatsen, stelt verweerster dat een weigering om met een sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan niet reeds directe of indirecte discriminatie in de zin van de richtlijn is wegens het loutere feit dat de sollicitant een vrouw is. Ook bij geschiktheid van een sollicitante voor de functie waarnaar zij solliciteert, kan een werkgever volstrekt valide

redenen hebben haar geen arbeidsovereenkomst aan te bieden (bij voorbeeld wanneer zij te hoge salariseisen stelt). Van directe of indirecte discriminatie bij weigering van een werkgever, een geschikte sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te bieden, is alleen sprake wanneer deze weigering haar grond uitsluitend of mede vindt in de omstandigheid dat vervulling van de dienstbetrekking door een vrouw niet wordt gewenst, zonder dat zich een toelaatbare rechtvaardigingsgrond voordoet. Dat rekening moet worden gehouden met de motivering van de werkgever, blijkt uit de rechtspraak van het Hof: zie de arresten van 31 maart 1981 (zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911), 13 mei 1986 (zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607), 15 mei 1986 (zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651) en 11 juni 1987 (zaak 30/85, Teuling, Jurispr. 1987, blz. 2497).

In het onderhavige geval heeft verweerster verzoekster geen diensbetrekking aangeboden, niet omdat zij vrouw is, noch omdat zij zwanger was, maar omdat door de verzekeraar van de stichting was medegedeeld, dat bij zwangerschapsverlof en een eventueel met zwangerschap en bevalling verband houdende verdere arbeidsongeschiktheid het Risicofonds een verzekeringsuitkering zou kunnen weigeren. Het gevolg zou zijn dat gedurende de periode van verzoeksters zwangerschapsverlof en eventuele verdere arbeidsongeschiktheid geen vervanger zou kunnen worden aangesteld, zodat, door de werking van de subsidieregeling, de continuïteit van het werk en de werkgelegenheid bij verweerster ernstig gevaar zouden lopen. Het ging verweerster dus om de financiële risico's die zij bij indienstneming van verzoekster zou lopen. Er bestaat uiteraard wel een samenhang tussen verzoeksters zwangerschap en het besluit haar niet in dienst te nemen, maar deze samenhang vormde voor verweerster een gegeven dat geheel buiten haar invloedssfeer lag.

Verweerster heeft evenmin naar een argument gezocht om de indiensttreding van verzoekster te weigeren, terwijl het er in wezen om ging, de indiensttreding van een (zwangere) vrouw tegen te gaan. Uit de door de Hoge Raad vooropgestelde feiten blijkt immers dat verweerster bereid was, verzoeksters afwezigheid gedurende haar zwangerschapsverlof te accepteren. Het ging er slechts om, of gedurende die periode een vervanger zou kunnen worden betaald.

Allereerst bestrijdt de *Nederlandse regering* in zekere zin de uitlegging die partijen in het hoofdgeding aan de betrokken regeling geven. Aangezien regelingen als die van het Risicofonds er niet toe mogen leiden, dat de werknemer minder aanspraken heeft dan hij zou hebben indien de algemene verzekeringsregeling van toepassing zou zijn, was de bevoegdheid van het Risicofonds om verzoekster een uitkering te weigeren niet verbindend. Voorts geldt de gelijkstelling van zwangerschap met verhindering om arbeid te verrichten wegens ziekte, alleen voor de aanspraak op een uitkering.

Met betrekking tot de eerste vraag meent de Nederlandse regering, dat het niet aannemen van een vrouw op grond van het feit dat zij zwanger is, het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen is. Onderscheid op grond van zwangerschap hangt bovendien zozeer met het geslacht samen, dat van direct onderscheid moet worden gesproken.

Volgens de *regering van het Verenigd Koninkrijk* verlangt artikel 3, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van de richtlijn, dat een werkgever niet mag weigeren een vrouw aan

te werven omdat zij arbeidsongeschikt is of zal worden, wanneer een man op dezelfde grond niet zou zijn geweigerd. De richtlijn gaat niet verder. Zij vereist met name niet, dat een vrouw op grond van haar zwangerschap of haar verwachte afwezigheid in verband met haar zwangerschap of bevalling, gunstiger wordt behandeld dan een man in gelijkaardige omstandigheden zou zijn behandeld. Maar ofschoon de richtlijn geen voorkeurbehandeling oplegt, staat artikel 2, lid 3, niettemin toe, dat de wetgeving van de Lid-Staten vrouwen specifiek begunstigt voor wat betreft zwangerschap of bevalling, waarmee zij een uitzondering toestaat op de algemene doelstelling van de richtlijn, het ten uitvoer leggen van het beginsel van gelijke behandeling. De regering van het Verenigd Koninkrijk geeft het Hof derhalve in overweging, op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden als volgt:

„Een werkgever handelt in strijd met het in de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van de richtlijn verankerde beginsel van gelijke behandeling, door te weigeren met een door hem geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond dat hij reeds rekening houdt met het feit dat die sollicitante ingevolge haar zwangerschap arbeidsongeschikt is of zal worden, maar alleen wanneer hij niet zou hebben geweigerd een arbeidsovereenkomst aan te gaan met een mannelijke sollicitant op grond dat deze mannelijke sollicitant wegens ziekte arbeidsongeschikt was of zou worden. Artikel 2, lid 3, staat echter wel toe, dat de wetgeving van een Lid-Staat bepalingen bevat ingevolge welke een werkgever de aanwerving van een vrouwelijke sollicitante niet mag weigeren op grond dat zij arbeidsongeschikt is of zal worden in verband met haar zwangerschap. Dergelijke bepalingen behoeven derhalve niet op grond van artikel 5, lid 2, te worden gewijzigd. Wanneer dergelijke bepalingen in een Lid-Staat evenwel ontbreken, behoeven zij niet op grond van richtlijn 76/207/EEG te worden ingevoerd."

Na een uiteenzetting van de feiten, de procedure voor de nationale rechter en de relevante nationale wettelijke bepalingen merkt de *Commissie* allereerst op, dat de vragen van de Hoge Raad direct zijn terug te voeren op artikel 1401 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Voor niet-contractuele aansprakelijkheid is onder meer een onrechtmatig handelen vereist, dat zich voordoet in het geval van schending van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Of van schending van die wet sprake is, hangt onder meer af van de uitlegging van die wet. Aangezien deze wet uitvoering geeft aan de richtlijn, dient zij te worden uitgelegd in het licht van die richtlijn (zie de arresten van 11 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, en 10 april 1984, zaak 79/83, Harz, Jurispr. 1984, blz. 1921).

De Commissie vraagt zich echter af, of hier wel een vraag van gemeenschapsrecht aan de orde is. Volgens de vastgestelde feiten heeft verweerster er immers van afgezien, verzoekster in dienst te nemen, daar de nationale regeling enerzijds zwangerschap gelijkstelt met ziekte en anderzijds het bestuur van het Risicofonds de bevoegdheid toekent, ziekengeld te weigeren als een werknemer binnen zes maanden arbeidsongeschikt wordt als gevolg van een bij het aangaan van de verzekering voorzienbare „ziekte".

De Commissie trekt hieruit de conclusie, dat de nationale regeling althans de wijze waarop zij ten tijde van de feiten werd toegepast, niet in overeenstemming was met het in de richtlijn geformuleerde beginsel van gelijke behandeling. Aangezien alleen vrouwen zwanger kunnen worden, treft de zes maanden-regel meer vrouwen dan mannen. Daar voorts de zes maanden-regel vooral een rol zal spelen bij nieuwe dienstverbanden, die niet voorafgegaan zijn door een dienstverband met dezelfde verzekeringsregeling, zal men dus, naar mag worden aangenomen, vooral te doen hebben met jonge vrouwelijke werknemers, die gezien hun leeftijd kans hebben kinderen te krijgen. Ongeacht of hier wel of niet sprake is van directe discriminatie, in ieder geval heeft de regeling het effect van indirecte discriminatie, hetgeen in strijd is met de krachtens artikel 3, lid 2, aanhef en sub a, van de richtlijn op Nederland rustende verplichting. Hieruit volgt dat het werkelijke probleem van deze zaak ligt in het nationale recht zelf en niet bij het handelen van de individuele werkgever.

Aangaande de verplichtingen die krachtens de richtlijn op de werkgever rusten stelt de Commissie vast, dat de nationale regeling de werkgever niet een bepaalde verplichting oplegt. Zij laat de werkgever de vrijheid al dan niet met de toepassing van de regeling rekening te houden, maar legt desalniettemin een financiële last op de schouders van de werkgever die in weerwil van de regeling het verbod van discriminatie op grond van geslacht naleeft.

Men zou zich dus kunnen afvragen, of men van de werkgever kan eisen dat hij deze nationale discriminerende wettelijke regeling geheel negeert of in rechte aanvecht wegens onverenigbaarheid met de richtlijn of met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De uitkomst van een dergelijke procedure zou echter in grote mate onzeker zijn en bovendien zou men daarmee een op de staat rustende verplichting op de schouders van de werkgever leggen. Dit lijkt in strijd met het arrest van het Hof van 26 februari 1986 (zaak 152/84, Marshall, Jurispr. 1986, blz. 723), daar zo de werkgever rechtstreeks een verplichting wordt opgelegd.

Concluderend stelt de Commissie dat het aan de nationale rechter staat vast te stellen, of de door de werkgever opgegeven reden om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling, inderdaad moet worden verklaard uit de nalatigheid van de staat, de richtlijn volledig en correct ten uitvoer te leggen.

De tweede vraag (gevolgen van het ontbreken van mannelijke sollicitanten)

Volgens *verzoekster* is er in casu sprake van ontoelaatbaar onderscheid, omdat de verwijzing naar haar zwangerschap rechtstreeks verbonden is met haar geslacht. De door de werkgever aangevoerde belemmering om haar aan te stellen, zou nimmer een man hebben kunnen treffen. De richtlijn nu beoogt te verbieden, dat er bij aanwerving en selectie op de arbeidsmarkt criteria worden aangelegd die uitsluitend (direct onderscheid) of vrijwel uitsluitend (indirect onderscheid) één geslacht treffen. Wanneer er voor een geslaagde actie tegen een werkgever wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling ook sollicitanten van het andere geslacht moesten zijn, zou dit tot onoverkomelijke procedurele problemen leiden. Om vast te stellen of personen van het andere geslacht hebben gesolliciteerd, is men immers volledig afhankelijk van gegevens die de verwerende partij verschaft.

Volgens *verweerster* moet de tweede vraag van de Hoge Raad bevestigend worden beantwoord. Het gaat niet om het discriminerende effect van een maatregel in abstracto, maar om de concrete beslissing van een werkgever om een bepaalde sollicitant niet in dienst te nemen. De artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van de richtlijn verbieden het maken van onderscheid naar geslacht. Wanneer derhalve een werkgever voor de vervulling van een bepaalde functie een keuze maakt tussen uitsluitend vrouwelijke sollicitanten, kan bij het nemen van die beslissing geen sprake zijn van onderscheid naar geslacht. Een werkgever mag zich bij zijn keuze in dat geval uitsluitend laten leiden door financiële of beleidsmatige overwegingen. Wanneer ten aanzien van een bepaalde vrouwelijke sollicitant reeds vast staat dat deze gedurende een bepaalde periode van haar werk afwezig zal zijn zonder dat in een vervanger kan worden voorzien, terwijl dit niet geldt voor een andere vrouwelijke sollicitant, mag dit ertoe leiden dat de voorkeur wordt gegeven aan die andere vrouwelijke sollicitant. Dit heeft met onderscheid naar geslacht niets van doen.

De *Nederlandse regering* meent dat het zonder belang is of mannelijke sollicitanten ontbraken. De afwijzingsgrond zelf (gebaseerd op het geslacht van betrokkene) is in strijd met het verbod om onderscheid te maken, ongeacht de feitelijke omstandigheden van het geval. Die omstandigheden spelen slechts een rol bij de vraag, of sprake is van indirect onderscheid.

Volgens de *regering van het Verenigd Koninkrijk* maakt het geen verschil of mannelijke sollicitanten ontbraken, voor zover de vrouwelijke sollicitant kan bewijzen, dat een vergelijkbare mannelijke sollicitant gunstiger zou zijn behandeld.

De *Commissie* meent dat het geen verschil maakt of alleen vrouwen hebben gesolliciteerd, daar de reden voor het besluit van de werkgever beslissend is. De afwijzing in verband met zwangerschap van een vrouwelijke sollicitante vormt jegens haar een onderscheid op grond van geslacht, omdat een afwijzing om die reden per definitie alleen vrouwen kan treffen.

De derde vraag (is eventueel schuld van de werkgever of een rechtvaardigingsgrond zijnerzijds vereist?)

Verzoekster leidt uit de bewoordingen van de richtlijn af, dat nu het beginsel van gelijke behandeling achterstelling van vrouwen ten opzichte van mannen verbiedt, werkgevers geen onderscheid mogen blijven maken op grond dat de consequenties van gelijke behandeling te nadelig zouden zijn. Dit beginsel houdt in, dat praktische problemen en financiële nadelen voor risico van de werkgever komen. Het is de taak van de werkgever om zich eventueel tegen nadelige gevolgen te verzekeren.

Verweerster meent dat de derde vraag lastig te beantwoorden is, aangezien het onderscheid in de vragen 3, sub a en 3, sub b gedeeltelijk samenhangt met het in deze toepasselijke nationale recht, dat onderscheid maakt tussen rechtvaardigingsgronden (die het onrechtmatige karakter van een handeling wegnemen) en schulduitsluitingsgronden (die aansprakelijkheid voor schade wegnemen). De richtlijn maakt een dergelijk onderscheid niet. Op grond van de richtlijn kan alleen de vraag worden beantwoord, of schending van het beginsel van gelijke behandeling in een bepaald geval gerechtvaar-

digd kan zijn, los van de vraag of er sprake is van een schulduitsluitingsgrond of een rechtvaardigingsgrond naar regels van nationaal recht.

Artikel 2, leden 2 tot en met 4, richt zich tot de Lid-Staten en bevat nadere bepalingen met betrekking tot de regelgevende bevoegdheid van de Lid-Staten. Het sluit niet uit, dat voor een individuele werkgever ten aanzien van de indienstneming van een bepaalde sollicitante een rechtvaardiging kan bestaan tot afwijking van het beginsel van gelijke behandeling, zonder dat zich een van de gevallen van artikel 2, leden 2 tot en met 4, voordoet. Men kan in gemoede de gevolgen van in Nederland bestaande regelgeving, waarbij voor wat betreft de verzekeringsuitkeringen ziekte met zwangerschap wordt gelijkgesteld, niet op een individuele werkgever afwentelen, indien deze gevolgen de continuïteit van de werkzaamheden van de werkgever en de werkgelegenheid bij die werkgever ernstig in gevaar zouden brengen.

De *Nederlandse regering* is van mening dat voor toewijzing van een vordering gegrond op schending van het beginsel van gelijke behandeling niet vereist is de aanwezigheid van schuld van de werkgever casu quo de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond van de kant van de werkgever. De richtlijn bevat hiervoor geen enkel aanknopingspunt, en het opnemen van deze elementen zou ernstig afbreuk doen aan het door de richtlijn beoogde doel.

De *regering van het Verenigd Koninkrijk* meent, dat wanneer vaststaat dat het beginsel van gelijke behandeling jegens de afgewezen sollicitante is geschonden, voor toewijzing van een op die schending gegronde vordering geen verdere schuld van de werkgever vereist is. Hetzelfde geldt voor een beroep op een rechtvaardigingsgrond door de werkgever. Wanneer zich evenwel een van de gevallen van artikel 2, leden 2 tot en met 4, voordoet, is er in feite geen sprake van schending van het beginsel van gelijke behandeling.

De *Commissie* meent dat wanneer de werkgever inbreuk maakt op het beginsel van gelijke behandeling, het onverenigbaar met de richtlijn is, voor het aannemen van de aansprakelijkheid van de werkgever nog een extra voorwaarde te stellen. Ofwel er is schending van het beginsel van gelijke behandeling (in welk geval het nationale recht moet voorzien in passende sancties), ofwel er is geen schending (in welk geval men aan sancties niet toekomt).

Bij een eventuele economische rechtvaardigingsgrond voor de werkgever is het probleem, of de daadwerkelijke of mogelijke economische benadeling van de werkgever voor hem een rechtvaardigingsgrond zou opleveren om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling. Het Hof heeft nog niet de gelegenheid gehad zich hierover uit te spreken in het kader van de onderhavige richtlijn. Uit de rechtspraak met betrekking tot richtlijn 79/7/EEG van de Raad betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, blz. 24) (arrest Teuling, reeds geciteerd) en uit de arresten gewezen met betrekking tot het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers (zie onder meer arresten Jenkins en Bilka, reeds geciteerd) leidt de Commissie af, dat redenen die hun verklaring vinden in objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht, niet in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de toegang tot arbeid, ook al behoort het verbod van discriminatie op grond van geslacht tot de fundamentele rechten die door het gemeenschapsrecht worden beschermd (zie arrest

van 15 juni 1978, zaak 149/77, Defrenne, Jurispr. 1978, blz. 1365). Het staat aan de nationale rechter om vast te stellen, of in een concreet geval de beslissing van een werkgever aan deze criteria voldoet.

De vierde vraag (grootte van de risico's die de werkgever wordt geacht te lopen)

Verzoekster wijst erop dat deze vraag een bevestigend antwoord op de derde vraag veronderstelt. Dat bevestigend antwoord zou niet verder kunnen gaan dan het toelaten van een beroep op specifieke situaties van overmacht. De overmacht moet van dien aard zijn, dat het aangaan van de dienstbetrekking een zinloze gebeurtenis zou worden. Ook bij volledige zekerheid dat de door de werkgever gevreesde gevolgen zullen intreden, dient zijn aansprakelijkheid niet te vervallen, aangezien de werkgever deze gevolgen heeft te dragen. Een andere conclusie zou betekenen dat nadelige praktische en financiële consequenties van het beginsel van gelijke behandeling worden afgewenteld op individuele werknemers.

Volgens *verweerster* schijnt de basis voor een antwoord op de vierde vraag al te zijn gegeven in het arrest van het Hof van 15 mei 1986 (Johnston, reeds geciteerd). Het staat aan de nationale rechter om uit te maken, of de redenen waarop verweerster zich in concreto heeft beroepen feitelijk gegrond zijn en uiteindelijk de genomen beslissing rechtvaardigen. De nationale rechter dient te onderzoeken of de weigering een contract aan te bieden, had kunnen worden vermeden. In zijn algemeenheid gaat het te ver om, als in het arrest Johnston, van een werkgever te vergen dat hij zich volledige zekerheid verschaft dat de uitkering wegens arbeidsongeschiktheid wordt geweigerd of dat een verlies aan formatieplaatsen wordt geleden, en dat hij al het mogelijke moet hebben gedaan om dit te voorkomen. In dit verband kan men van een werkgever wel vergen, dat hij zich op behoorlijke wijze vergewist van het standpunt van de verzekeraar en dat hij de inhoud van de subsidieregelingen op behoorlijke wijze nagaat, terwijl van een werkgever ook mag worden verlangd dat hij een sollicitatieprocedure met een zekere voortvarendheid afrondt, zowel in het belang van de sollicitanten als in het belang van zijn eigen organisatie.

De *Nederlandse regering* heeft niet uitdrukkelijk haar standpunt over deze vraag te kennen gegeven. De *regering van het Verenigd Koninkrijk* merkt slechts op, dat deze vraag niet meer aan de orde komt wanneer vraag 3 wordt beantwoord zoals door haar in overweging is gegeven.

De *Commissie* meent dat het antwoord op de vierde vraag in beginsel kan worden gevonden door toepassing van de in genoemd arrest Bilka genoemde criteria. In casu kán worden gesteld, dat de weigering van een werkgever om met een door hem geschikt bevonden sollicitante, van wie vast staat dat zij zwanger is, een arbeidsovereenkomst aan te gaan, geen verboden inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling is, wanneer die weigering objectief gerechtvaardigd is en door de nationale rechter kan worden vastgesteld dat zij een zwaarwegend economisch belang van de onderneming dient en daartoe noodzakelijk is. Bij het eerste element dient men rekening te houden met de belangen van de onderneming als economische eenheid, waartoe mede de belangen van de (overige) werknemers kunnen behoren. Bij het tweede element gaat het erom vast te stellen, of met een minder vergaande maatregel niet hetzelfde doel kan worden bereikt. Deze laatste voorwaarde is een toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

De Commissie geeft het Hof in overweging, de vier vragen van de Hoge Raad te beantwoorden als volgt:

„Een particuliere werkgever handelt niet in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen neergelegd in de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad, wanneer de Lid-Staat in kwestie deze richtlijn niet correct in nationaal recht heeft omgezet en kan worden vastgesteld dat het handelen van de werkgever, waarover een sollicitante zich onder verwijzing naar genoemd beginsel beklaagt, uit die nalatigheid van de Lid-Staat moet worden verklaard."

Gordon Slynn
rechter-rapporteur