CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 21 november 2002 [1]

1. Het Arbeitsgericht Lübeck (Duitsland) heeft het Hof krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 76/207/EEG [2] om te vernemen of een werkneemster die met ouderschapsverlof is, haar werkgever moet meedelen dat zij zwanger is, wanneer zij verzoekt om bekorting van haar ouderschapsverlof en zij weet dat zij wegens haar zwangerschap niet in staat zal zijn sommige van haar beroepstaken uit te oefenen.

I — De feiten van het hoofdgeding

2. Busch, verzoekster in het hoofdgeding, werkt sinds april 1998 als verpleegster in een door verweerster, Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs KG, beheerd ziekenhuis.

Wegens de geboorte van haar eerste kind in juni 2000 nam Busch drie jaar ouderschapsverlof. In oktober 2000 werd zij opnieuw zwanger. Bij brief van 30 januari 2001 vroeg zij of zij opnieuw voltijds als verpleegster kon werken. Na een aantal telefoongesprekken tussen de personeelsdirecteur en werkneemster besliste de onderneming haar een afdeling met 39 bedden toe te wijzen, waarvoor elkaar aflossende ploegen van drie verpleegkundigen verantwoordelijk waren en waar dringend in een vacature moest worden voorzien.

3. Op 22 maart 2001 stemde de verwerende onderneming toe in verkorting van het ouderschapsverlof van Busch, zonder te hebben gevraagd of zij zwanger was. Op 9 april 2001 begon zij opnieuw te werken. De volgende dag deelde zij haar werkgever mee dat zij zeven maanden zwanger was. De reden voor de terugkeer naar het werk was de moederschapsuitkering die zij dan ontving, die hoger is dan de ouderschapsuitkering, alsook de door de werkgever betaalde toeslag.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — 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 L 39, blz. 40).

4. Overeenkomstig § 3, lid 2, van het Mutterschutzgesetz (wet inzake moederschapsbescherming) had het zwangerschapsverlof op 23 mei 2001 moeten ingaan. Verweerster reageerde door de werkneemster op 11 april 2001 naar huis te sturen en betwistte vervolgens haar instemming met de werkhervatting wegens bedrog en dwaling omtrent een wezenlijke eigenschap. Als gevolg van het verbod van § 4, lid 2, van deze wet is de werkneemster haars inziens geen volwaardige arbeidskracht.

5. Busch bevestigt dat zij als verpleegster de volgende taken moet verrichten: bedlegerige patiënten helpen rechtopzitten om te eten, zwaar hulpbehoevende patiënten wassen, regelmatig patiënten verleggen met een collega, en injecties voorbereiden en geven. Zij betoogt dat zij tijdens haar eerste zwangerschap haar gewone taken is blijven verrichten, maar ook administratieve taken heeft vervuld. Zij had tot het begin van haar zwangerschapsverlof kunnen werken, zodat tot 23 mei 2001 geen werkverbod bestond; bedden werden het ziekenhuis binnengerold en intern werd het transport door een eigen dienst van het ziekenhuis verricht.

Zij eist betaling van 4 181,77 DEM (2 138,11 euro) brutosalaris en 3 258,50 DEM (1 666,04 euro) nettotoeslag op de moederschapsuitkering.

6. Verweerster weigert te betalen omdat werkneemster haars inziens, alvorens het werk te hervatten, had moeten meedelen dat zij zwanger was. Aangezien het om een betrekking voor bepaalde tijd ging (van 9 april tot en met 23 mei 2001), is de zwangerschap een wezenlijke eigenschap van werkneemster, waarover de onderneming heeft gedwaald omdat zij daarvan geen kennis had.

7. Blijkbaar zijn partijen het erover eens dat Busch in die periode geen administratieve taken kon verrichten.

II — Nationaal recht [3]

8. Volgens § 3 van het Mutterschutzgesetz mogen zwangere vrouwen tijdens de laatste zes weken vóór de bevalling geen arbeid verrichten, tenzij zij zich uitdrukkelijk bereid verklaren om dit toch te doen.

3 — Informatie van de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen.

Krachtens § 4, lid 1, mogen zwangere vrouwen geen zware lichamelijke arbeid verrichten dan wel arbeid waarbij zij worden blootgesteld aan de schadelijke uitwerking van de gezondheid bedreigende stoffen of straling, stof, gassen of dampen, hitte, koude, vocht, trillingen of lawaai. Volgens lid 2 mogen zwangere vrouwen geen arbeid verrichten waarbij regelmatig lasten van meer dan 5 kg of incidenteel lasten van meer dan 10 kg zonder mechanisch hulpmiddel handmatig worden opgetild, bewogen of vervoerd.

§ 11 regelt de doorbetaling van loon aan de zwangere werkneemster tijdens werkonderbrekingen op grond van een wettelijk arbeidsverbod. Indien zij geen recht heeft op moederschapsuitkering, moet de werkgever haar bij gehele of gedeeltelijke onderbreking van haar werkzaamheden het gemiddelde loon van de laatste dertien weken of de laatste drie maanden vóór de maand waarin zij zwanger werd, doorbetalen.

Volgens § 13 van de wet ontvangen werkneemsters die lid zijn van een ziekenfonds, tijdens de periode waarin zij niet mogen werken, een moederschapsuitkering van netto 25 DEM (12,78 euro) per kalenderdag. Volgens §14 van de wet ontvangen zij, wanneer zij recht op de moederschapsuitkering hebben, tevens een toeslag van hun werkgever, gelijk aan het verschil tussen 25 DEM en het gemiddelde dagloon na aftrek van de wettelijke lasten.

9. Volgens § 5 van het Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (federale wet op de ouderschapsuitkering en het ouderschapsverlof) bedraagt de ouderschapsuitkering tijdens het ouderschapsverlof 600 DEM [4] (306,8 euro) per maand. Volgens § 7 van de wet wordt de moederschapsuitkering vanaf de geboorte in mindering gebracht op de ouderschapsuitkering.

Volgens § 16 van de wet moet de werknemer het ouderschapsverlof uiterlijk vier weken vóór de gewenste aanvang ervan bij de werkgever aanvragen, en moet hij tegelijk opgeven voor welke periode of perioden hij dit verlof wil opnemen. Het ouderschapsverlof kan, met instemming van de werkgever, die over een bepaalde beoordelingsvrijheid lijkt te beschikken, [5] worden verkort of verlengd.

10. Volgens § 123, lid 1, van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek) kan hij die door opzettelijk bedrog of wederrechtelijk door bedreiging is bewogen tot het afleggen van een wilsverklaring, deze vernietigen.

4 — Vanaf 1 januari 2001 is dit bedrag naargelang van het inkomen en naar keuze van de ontvanger gelijk aan 900,00 DEM (460.16 euro) tijdens het eerste levensjaar van het kind of 600,00 DEM tijdens de eerste twee jaren.

5 — Deze bepaling werd met ingang van 1 januari 2001 gewijzigd en aangevuld. Vanaf die datum kan de werkgever de voortijdige beëindiging wegens de geboorte van een volgend kind of wegens een bijzonder zware omstandigheid alleen om dringende dienstredenen weigeren. De werkneemster kan evenwel haar ouderschapsverlof niet wegens de termijnen van zwangerschapsbescherming van het Mutterschutzgesetz voortijdig beëindigen. De nieuwe regeling vindt wegens de overgangsbepaling van § 24, lid 1, van de wet geen toepassing op de feiten van het hoofdgeding.

Krachtens § 119, lid 1, van dit wetboek kan hij die omtrent de inhoud van een door hem afgelegde wilsverklaring heeft gedwaald of eigenlijk geen verklaring met een dergelijke inhoud heeft willen afleggen, deze verklaring vernietigen wanneer moet worden aangenomen dat hij die verklaring bij bekendheid met de omstandigheden en verstandige overweging van het geval niet zou hebben afgelegd. Volgens lid 2 geldt dwaling omtrent eigenschappen van de persoon of van de zaak die naar verkeersopvatting als wezenlijk worden beschouwd, eveneens als dwaling omtrent de inhoud van de verklaring.

III — De prejudiciële vragen

11. Het Arbeitsgericht Lübeck, dat over de zaak uitspraak moet doen, heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende twee prejudiciële vragen te stellen:

„1) Is er sprake van discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG, indien een vrouw die haar ouderschapsverlof met instemming van haar werkgever wenst te verkorten, vóór het afsluiten van de overeenkomst over de verkorting van haar ouderschapsverlof haar werkgever in kennis moet stellen van een — haar bekende — nieuwe zwangerschap, wanneer zij de betrokken functie wegens een vanaf de eerste dag voor bepaalde werkzaamheden bestaand arbeidsverbod niet ten volle kan vervullen?

2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord:

Is er in de beschreven omstandigheden sprake van discriminatie op grond van geslacht in de zin van voornoemde richtlijn, wanneer de werkgever zijn instemming met de verkorting van het ouderschapsverlof kan herroepen op grond van dwaling omtrent de zwangerschap van de werkneemster?"

IV — De gemeenschapswetgeving

12. Ter beantwoording van de prejudiciële vragen dienen enkele bepalingen van richtlijn 76/207 te worden uitgelegd.

„*Artikel 2*

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

[...]

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

„*Artikel 5*

1. De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht"

V — Het procesverloop voor het Hof

13. In de onderhavige procedure hebben partijen in het hoofdgeding, de Duitse regering en de Commissie binnen de in artikel 20 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie gestelde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.

Ter terechtzitting van 23 oktober 2002 hebben verzoeksters vertegenwoordigers en de Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

VI — De eerste prejudiciële vraag

14. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de artikelen 2, leden 1 en 3, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207 zich ertegen verzetten dat een werkneemster die haar ouderschapsverlof met instemming van haar werkgever wil bekorten, haar werkgever vóór de sluiting van de overeenkomst over de werkhervatting moet informeren over haar zwangerschap, wanneer zij wegens haar zwangerschap haar taak niet ten volle kan vervullen wegens een vanaf de eerste dag geldend wettelijk arbeidsverbod.

A — *De in de opmerkingen ingenomen standpunten*

15. Volgens Busch vormt de verplichting om vóór de hervatting van het werk de zwangerschap mee te delen, een discriminatie op grond van geslacht omdat alleen vrouwen door zwangerschap kunnen worden belet bepaalde taken te vervullen. De werkgever kan zijn instemming niet aanvechten wegens bedrog en dwaling, aangezien hij niet heeft gevraagd of zij zwanger was. Het beroep op dwaling omtrent een wezenlijke eigenschap is discriminerend, omdat het niet een wezenlijke eigenschap van een vrouw is, niet zwanger te zijn. Zij was heel goed in staat het grootste deel van

haar taken uit te oefenen, aangezien die welke haar verboden waren, slechts enkele minuten per dag in beslag namen. Het ware beter geweest, haar van deze taken vrij te stellen in plaats van haar te verbieden te werken.

16. Volgens verweerster in het hoofdgeding vormde een groot deel van de taken die de werkneemster niet kon vervullen, taken die typisch zijn voor haar functie. Haars inziens is er geen sprake van discriminatie, omdat de arbeidsovereenkomst niet is opgezegd, en is de werkperiode van zes weken te vergelijken met een arbeidsverhouding voor bepaalde tijd waarin de werkneemster niet in staat is geweest te werken. Busch had gelet op haar plicht tot loyale uitvoering van de arbeidsovereenkomst, waarvan alleen de hoofdverbintenissen tijdens het ouderschapsverlof waren opgeschort, moeten meedelen dat zij wegens zwangerschap niet in staat was zieken te verplegen. Indien er sprake is van discriminatie, is deze in elk geval gerechtvaardigd aangezien de bepalingen die de activiteiten van vrouwen onder bepaalde omstandigheden beperken, zijn vastgesteld ter bescherming van de toekomstige moeder.

17. De Duitse regering maakt onderscheid tussen de gevallen van discriminatie van een zwangere vrouw bij de toegang tot het arbeidsproces of bij opzegging, en de gevallen waarin zwangere vrouwen reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben waarvan de geldigheid niet wordt betwist. Aan het begin van een arbeidsverhouding kan van de werkneemster niet worden verlangd haar zwangerschap mee te delen, daar zij daardoor kan worden benadeeld. Haars inziens wenst Busch geen gelijke behandeling met mannen, maar een economisch voordeel tegenover andere zwangere werkneemsters die verder met ouderschapsverlof blijven. Dit heeft veel weg van rechtsmisbruik.

18. Volgens de Commissie vormt de weigering van een werkgever om een zwangere werkneemster wegens zwangerschap vóór het einde van het ouderschapsverlof weer in dienst te nemen, een met richtlijn 76/207 onverenigbare discriminatie op grond van geslacht. Aangezien het om een overeenkomst voor onbepaalde tijd gaat, hoeft niet te worden onderzocht of de onmogelijkheid voor de werkneemster om tijdens de periode vóór haar zwangerschapsverlof wegens een wettelijk verbod alle taken van haar betrekking te vervullen, een uitzondering op het algemeen non-discriminatiebeginsel vormt. Aangezien zwangerschap een discriminerende maatstaf is waarmee de werkgever geen rekening mag houden, is het dus irrelevant of de werkneemster hem haar zwangerschap meedeelt.

B — *Antwoord op de prejudiciële vraag*

19. De raamovereenkomst over ouderschapsverlof[6] is een compromis tussen de

6 — Ondertekend te Brussel op 14 december 1995.

Europese sociale partners (UNICE, CEEP en CES) over te stellen minimumvereisten voor dit soort verlof, dat geldt als een belangrijk middel om beroeps- en privéleven te combineren en gelijke kansen voor mannen en vrouwen te bevorderen. Zij is bij de op 3 juni 1996 vastgestelde richtlijn 96/34[7] van toepassing verklaard op de lidstaten, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk. Deze richtlijn werd vastgesteld op basis van artikel 4, lid 2, van de overeenkomst betreffende de sociale politiek[8], volgens welke de sociale partners gezamenlijk kunnen verzoeken om uitvoering van de op gemeenschapsniveau gesloten overeenkomsten door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie. De termijn voor omzetting van de raamovereenkomst over het ouderschapsverlof in nationaal recht verstreek op 3 juni 1998.[9]

20. Clausule 1 van deze overeenkomst behelst minimumvoorschriften die het werkende ouders gemakkelijker moeten maken hun beroeps- en gezinstaken te combineren. Volgens clausule 4 kunnen de lidstaten gunstiger bepalingen toepassen of invoeren dan de in deze overeenkomst bedoelde. Het individuele recht op ouderschapsverlof voor werknemers met een arbeidsverhouding van onbepaalde tijd wordt door de overeenkomst niet beperkt.

21. Volgens clausule 2, punt 7, stellen de lidstaten en/of de sociale partners eveneens de regeling vast die gedurende het ouderschapsverlof op de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van toepassing is. Vaststaat evenwel dat de hoofdverplichtingen van partijen weliswaar opgeschort worden, maar dat de arbeidsovereenkomst blijft bestaan, aangezien volgens clausule 2, punt 5, de werknemer na afloop van het ouderschapsverlof het recht heeft terug te keren in zijn oude functie of, indien dat niet mogelijk is, in een gelijkwaardige of vergelijkbare functie.

22. De duur van het ouderschapsverlof ligt tussen ten minste drie maanden en een bepaalde leeftijd van het kind, tot maximaal acht jaar. Er is evenwel geen bepaling over de verkorting van het ouderschapsverlof. De voorwaarden voor voortijdige werkhervatting worden dus beheerst door nationaal recht, hetzij door de wetgeving hetzij door collectieve arbeidsovereenkomsten.

Volgens de Duitse wet inzake het ouderschapsverlof en de ouderschapsuitkering in de ten tijde van de feiten van het hoofd-

7 — 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 (PB L 145, blz. 4).

8 — 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, gehecht aan protocol 14, opgenomen in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap door het op 7 februari 1992 te Maastricht ondertekende Verdrag betreffende de Europese unie. De bepalingen van de overeenkomst betreffende de sociale politiek zijn bij het op 2 oktober 1997 ondertekende en op 1 mei 1999 in werking getreden Verdrag van Amsterdam opgenomen in de artikelen 117 tot en met 120 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikelen 136 EG tot en met 143 EG).

9 — Deze richtlijn is gewijzigd en uitgebreid tot het Verenigd Koninkrijk bij richtlijn 97/75/EG van de Raad van 15 december 1997 (PB L 10, blz. 24). De termijn voor aanpassing van het interne recht van deze lidstaat verstreek op 15 december 1999.

geding toepasselijke versie kon het ouderschapsverlof voortijdig worden beëindigd; daartoe was alleen de toestemming van de werkgever vereist, die daarover vrij kan beslissen.

23. Richtlijn 76/207 regelt de toepassing 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. [10] Volgens artikel 5 houdt de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden in, dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht.

Het recht op ouderschapsverlof is gerelateerd aan de hoedanigheid van werknemer, en de arbeidsovereenkomst blijft tijdens het verlof bestaan. Derhalve behoren de voorwaarden voor de voortijdige beëindiging van het ouderschapsverlof tot de arbeidsvoorwaarden en vallen als zodanig onder de bepalingen van deze richtlijn, met het gevolg dat zij niet op grond van het geslacht van de werknemer mogen verschillen.

24. Er is reeds overvloedige rechtspraak van het Hof over de uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling volgens richtlijn 76/207 in verband met de rechten van zwangere werkneemsters in het arbeidsrecht. Wanneer een werkgever een vrouw wegens zwangerschap niet in dienst neemt [11], ontslaat [12] of weigert een overeenkomst van bepaalde tijd te verlengen [13], is dit volgens de rechtspraak directe discriminatie op grond van geslacht. Discriminerend is ook het ontslag van een zwangere werkneemster wegens absenties verband houdend met arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap. [14] Als rechtvaardigingsgrond voor deze discriminatie heeft het Hof nooit het economisch nadeel aanvaard, dat voor de werkgever van een zwangere vrouw ontstaat door het zwangerschapsverlof of de zwangerschap.

Volgens de rechtspraak is het verbod van ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers wegens het dwingende karakter ervan niet alleen verbindend voor de overheid, maar ook van toepassing op de collectieve arbeidsovereenkomsten en

10 — 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 (PB 1979, L 6, blz. 24) heeft de inhoud, de draagwijdte en de wijze van toepassing van dit beginsel op het gebied van de sociale zekerheid nader bepaald.

11 — Arresten van 8 november 1990, Dekker (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941), en 3 februari 2000, Mahlburg (C-207/98, Jurispr. blz. I-549).

12 — Arresten van 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567), en 4 oktober 2001, Tele Danmark (C-109/00, Jurispr. blz. I-6993).

13 — Arrest van 4 oktober 2001, Jiménez Melgar (C-438/99, Jurispr. blz. I-6915).

14 — Arrest van 30 juni 1998, Brown (C-394/96, Jurispr. blz. I-4185). In deze zaak heeft het voltallige Hof de beschikking van de Zesde kamer van 29 mei 1997 in de zaak Larsson (C-400/95, Jurispr. blz. I-2757) gerectificeerd. Zie mijn conclusie in deze twee zaken.

op alle overeenkomsten tussen particulieren. [15] Dit verbod is ook van toepassing op de eenzijdige handelingen van een werkgever tegenover zijn personeel. [16]

25. In het geval van Busch gaat het ongetwijfeld niet om toegang tot het arbeidsproces of om een ontslag, maar om de voorwaarden waaronder de uit een arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en plichten worden uitgeoefend respectievelijk nagekomen. De bepalingen van richtlijn 76/207 verbieden de werkgever evenwel, zoals ik reeds zei, zich op de zwangerschap van de werkneemster te beroepen om een beslissing te nemen die haar in haar rechten als werkneemster benadeelt. Bijgevolg is er sprake van een met artikel 5, lid 1, van de richtlijn onverenigbare directe discriminatie, wanneer de werkgever wegens de zwangerschap van een werkneemster weigert in te stemmen met de voortijdige werkhervatting vóór de beëindiging van het ouderschapsverlof: de voorwaarden voor de hervatting van het werk vormen immers een bestanddeel van de arbeidsvoorwaarden, die op mannen en vrouwen gelijk moeten worden toegepast, terwijl zwangerschap een toestand is die alleen laatstgenoemden betreft.

Aangezien de werkgever bij de beoordeling van de werkhervatting geen rekening mag houden met de zwangerschap, omdat dit een directe discriminatie op grond van geslacht zou zijn, is de zwangerschap van de werkneemster irrelevant voor zijn beslissing, zodat zij niet verplicht is hem daarvan op de hoogte te brengen.

26. Het Hof heeft ook uitspraak gedaan over beëindiging van een arbeidsovereenkomst wegens zwangerschap, in de vorm van vernietiging of opzegging wegens dwaling over de wezenlijke eigenschappen van de werkneemster in verband met het wettelijke verbod op nachtarbeid [17], en over de weigering om een zwangere vrouw in dienst te nemen wegens een wettelijk verbod om haar in de vacante functie te werk te stellen. [18] Beide verbodsbepalingen volgden — zoals bij Busch — uit de Duitse wetgeving inzake zwangerschapsbescherming.

27. In deze twee zaken was de discriminatie, zoals het Hof opmerkte, niet rechtstreeks gebaseerd op de zwangerschap van de werkneemster, maar het gevolg van het bij zwangerschap bestaande wettelijke verbod op nachtarbeid. Dit verbod valt onder artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207, volgens hetwelk deze richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat zwangerschap en moederschap betreft.

15 — Arresten van 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591, punt 12); 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, Jurispr. blz. I-297, punt 11), en 9 september 1999, Krüger (C-281/97, Jurispr. blz. I-5127, punt 20).

16 — Arrest van 21 oktober 1999, Lewen (C-333/97, Jurispr. blz. I-7243, punt 26).

17 — Arrest van 5 mei 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Jurispr. blz. I-1657).

18 — Arrest Mahlburg, reeds aangehaald.

Niettemin stelde het Hof in de eerste zaak vast dat een directe discriminatie, zoals beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur wegens zwangerschap van de werkneemster, ongeacht of deze beëindiging het gevolg is van vernietiging of opzegging, niet kan worden gerechtvaardigd doordat een wettelijk verbod dat wegens zwangerschap bestaat, de werkneemster tijdelijk belet om nachtarbeid te verrichten.

In de tweede zaak kwam het Hof tot de slotsom dat de toepassing van de bepalingen tot bescherming van de toekomstige moeder geen nadelen bij de toegang tot het arbeidsproces voor haar mag meebrengen, zodat een werkgever een zwangere sollicitante niet mag weigeren in dienst te nemen op grond dat hij haar wegens een met die zwangerschap verband houdend arbeidsverbod niet van meet af aan en voor de tijd van haar zwangerschap tewerk zou kunnen stellen in de voor onbepaalde tijd te bezetten functie; het Hof voegde eraan toe dat de werkgever zich ter rechtvaardiging van deze weigering niet kan beroepen op het financiële nadeel dat hij lijdt doordat de vrouw tijdens haar zwangerschap niet in de betrokken functie kan werken.

28. Het voor Busch wegens haar zwangerschap geldende verbod lijkt — zij het dat het minder ingrijpend is — op dat waartegen Habermann-Beltermann en Mahlburg zich hebben verzet; het is vastgelegd in het Mutterschutzgesetz en wordt gedekt door artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207. Krachtens deze bepaling hebben de lidstaten een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de sociale maatregelen die zij nemen om in het kader van de richtlijn de bescherming van de vrouw bij zwangerschap en moederschap te waarborgen en de voor de vrouw in vergelijking met de man bestaande feitelijke nadelen wat het behoud van de arbeidsplaats betreft te compenseren. [19]

Daarbij heeft het Hof verklaard dat bij de uitoefening van de hun overeenkomstig artikel 2, lid 3, toegekende rechten vrouwen niet minder gunstig mogen worden behandeld ter zake van de toegang tot het arbeidsproces en van de arbeidsvoorwaarden. In dit verband streeft de richtlijn een wezenlijke, en niet een formele gelijkheid na. [20]

29. Volgens verweerster in het hoofdgeding is de werkhervatting door Busch in de betrokken omstandigheden discriminerend voor de andere werkneemsters, die ondanks hun zwangerschap verder met ouderschapsverlof blijven.

30. Deze opvatting kan ik bezwaarlijk delen gelet op de rechtspraak van het Hof volgens welke er sprake is van discriminatie wanneer hetzij verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties, hetzij

19 — Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 27).

20 — Arrest van 30 april 1998, Thibault (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 26).

dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. [21]

Een zwangere werkneemster die vóór de beëindiging van het ouderschapsverlof haar werk hervat, is opnieuw in actieve dienst en heeft recht op betaling door de werkgever van haar loon en van de toeslag op de zwangerschapsuitkering. Degene die tijdens haar zwangerschap met ouderschapsverlof blijft, is daarentegen niet meer in actieve dienst. Daar deze twee vrouwen zich in een verschillende situatie bevinden, wordt bij gelijke behandeling het gelijkheidsbeginsel geschonden.

31. Blijkens de verwijzingsbeschikking is de Duitse rechter weliswaar bekend met de rechtspraak van het Hof inzake gelijke behandeling, maar bij de redactie ervan waren de arresten Tele Danmark [22] en Jiménez Melgar [23] blijkbaar nog niet gewezen.

32. Deze precisering is van belang omdat de verwijzende rechter op basis van enkele van de zojuist besproken arresten die zijn gewezen in zaken waarin het om de indienstneming of het ontslag van een zwangere werkneemster met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ging, tot conclusies komt die onjuist blijken tegen de achtergrond van de uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling in deze twee in het najaar van 2001 gewezen arresten [24], waarin het Hof voor het eerst naging of dit beginsel op dezelfde wijze dient te worden toegepast wanneer de arbeidsverhouding voor bepaalde tijd is afgesloten.

Zo zegt het Arbeitsgericht Lübeck bijvoorbeeld onder punt II.1.b, na twee arresten van het Hof te hebben aangehaald, „dat behoudens bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de werkgever een sollicitante niet alleen mag vragen of zij zwanger is, maar ook dat een zwangere sollicitante een meldingsplicht heeft, ook al is niet uitdrukkelijk naar een eventuele zwangerschap geïnformeerd". Bovendien wist Busch, zo merkt het nog op, dat zij slechts zes weken zou kunnen werken en dat zij zich „derhalve in dezelfde situatie bevond als iemand die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou afsluiten".

Tegen de achtergrond van de jongste rechtspraak van het Hof lijken deze vaststellingen volkomen onjuist.

33. Het arrest Tele Danmark betrof de vraag of het discriminerend was, een voor

21 — Arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30); 27 juni 1996, Asscher (C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 40); 14 september 1999, Gschwind (C-391/97, Jurispr. blz. I-5451, punt 21), en 3 oktober 2000, Ferlini (C-411/98, Jurispr. blz. I-8081, punt 51).

22 — Aangehaald in voetnoot 12.

23 — Aangehaald in voetnoot 13.

24 — Arresten Tele Danmark en Jiménez Melgar, aangehaald in voetnoot 12 respectievelijk 13.

bepaalde tijd in dienst genomen werkneemster wegens zwangerschap te ontslaan wanneer zij bij indienstneming wist dat zij zwanger was, maar dit verzweeg voor de werkgever, en wegens de zwangerschap een groot deel van de overeengekomen periode niet zou kunnen werken.

34. Het Hof bevestigde zijn op het arrest Webb [25] gebaseerde rechtspraak, dat de gemeenschapsrechtelijke bescherming van de vrouw tijdens de zwangerschap en vervolgens na de bevalling niet kan afhangen van de vraag of de beschikbaarheid van de betrokkene tijdens de duur van het zwangerschapsverlof onontbeerlijk is voor de goede gang van zaken bij de onderneming waar zij in dienst is, ook al is de beschikbaarheid van de werkneemster voor de werkgever een essentiële voorwaarde voor de goede uitvoering van de arbeidsovereenkomst; een andere uitlegging zou de bepalingen van richtlijn 76/207 hun nuttige werking ontnemen.

Het Hof voegde daaraan toe dat aan deze uitlegging niet afdoet dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten. Wanneer het ontslag van een werkneemster wegens zwangerschap een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht is, ongeacht de aard en omvang van het economisch nadeel voor de werkgever van de aan de zwangerschap te wijten afwezigheid, dan kan de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd is gesloten, niet afdoen aan het discriminerend karakter van het ontslag. In beide gevallen is de zwangerschap de reden waarom de werkneemster de arbeidsovereenkomst niet kan nakomen.

35. Een van de vragen in de zaak Jiménez Melgar betrof de niet-vernieuwing van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een zwangere werkneemster. Het Hof stelde vast dat het ontslagverbod van artikel 10 van richtlijn 92/85/EEG [26] weliswaar op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd van toepassing is, maar dat niet-vernieuwing van een dergelijke overeenkomst op het normale tijdstip van beëindiging niet kan worden gelijkgesteld met een volgens deze bepaling verboden ontslag. Voorzover evenwel de zwangerschap van de werkneemster de reden is van de niet-vernieuwing van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is sprake van een met de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van richtlijn 76/207 onverenigbare rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht.

36. Wanneer de werkneemster na de werkhervatting niet alle taken van haar functie kan vervullen, zal dat onbetwistbaar organisatorische en economische gevolgen voor de onderneming hebben. Artikel 5 van richtlijn 92/85 geeft de werkgever evenwel een zekere speelruimte aangezien hij bij gevaar voor de veiligheid en gezondheid en bij mogelijke effecten voor de zwanger-

25 — Aangehaald in voetnoot 12.

26 — Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (Tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB L 348, blz. 1).

schap en borstvoeding als een eerste maatregel de arbeidsvoorwaarden en arbeidstijd van een werkneemster voorlopig kan aanpassen. Indien dit niet mogelijk is, moet hij de noodzakelijke maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de werkneemster een andere arbeidsplaats krijgt; alleen wanneer deze oplossingen niet haalbaar zijn, moet hij haar gedurende de gehele voor haar bescherming noodzakelijke periode vrijstellen van arbeid.

37. Het Hof heeft uitgemaakt dat de richtlijnen 76/207 en 92/85 zich verzetten tegen een nationale regeling die bepaalt dat een werkgever die meent dat hij een zwangere werkneemster, ofschoon zij niet arbeidsongeschikt is, niet in dienst kan hebben, haar naar huis mag sturen zonder haar het volledige loon door te betalen en zonder vooraf na te gaan of haar arbeidsvoorwaarden of werktijden kunnen worden aangepast dan wel of zij kan worden overgeplaatst. [27]

Verweerster in het hoofdgeding heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden van artikel 5 van richtlijn 92/85, maar de werkneemster onmiddellijk van arbeid vrijgesteld [28], en heeft de verleende instemming met de verkorting van het ouderschapsverlof herroepen op grond van bedrog en dwaling omtrent een wezenlijk kenmerk.

38. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht beklemtoont, is het hoe dan ook aan de lidstaten om te bepalen welke kosten de werkgever draagt en welke ten laste komen van de openbare financiën uit hoofde van een collectieve solidariteitsplicht, waarbij steeds voorop moet staan dat de bescherming van de zwangere vrouw haar op de arbeidsmarkt niet individueel mag benadelen.

39. Ik zou nog enkele opmerkingen willen toevoegen die het Arbeitsgericht Lübeck kunnen interesseren. In zijn overwegingen in punt II.1, sub b, van de verwijzingsbeschikking lijkt het namelijk rechtsmisbruik van de werkneemster ter sprake te brengen, zonder evenwel hierover rechtstreeks een vraag te stellen.

In de eerste plaats is werkhervatting vóór het einde van het ouderschapsverlof naar Duits recht een recht van de werknemer.

In de tweede plaats heeft de werkgever weliswaar in maart ingestemd met de werkhervatting, maar het verzoek was al in januari ingediend, zodat werkneemster zonder deze vertraging gedurende een langere periode voor de aanvang van haar zwangerschapsverlof had kunnen werken.

27 — Arrest van 19 november 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Jurispr. blz. I-7327, punten 58 en 59).

28 — Ter terechtzitting deelde haar vertegenwoordiger het Hof evenwel mee dat het grootste deel van het verplegend personeel van dit ziekenhuis uit vrouwen bestaat en dat bij indienstneming steeds rekening wordt gehouden met mogelijke zwangerschappen.

In de derde plaats, ook al was het de bedoeling van Busch om de zwangerschapsuitkering, die hoger is dan de ouderschapsuitkering, alsook de door de werkgever te betalen toeslag op de zwangerschapsuitkering te ontvangen, kunnen niet alle zwangere vrouwen die om werkhervatting vragen, worden geacht hetzelfde doel na te streven. Er zijn andere redenen waarom een werkneemster het werk wil hervatten, zoals de mogelijkheid om enkele maanden vóór de bevalling een volledig salaris te ontvangen, het feit dat zij niet meer hoeft te zorgen voor het kind waarvoor zij om ouderschapsverlof had verzocht, het vooruitzicht op promotie of deelneming aan een beroepsopleiding.

Ten slotte betreft het verbod op het verrichten van bepaalde werkzaamheden tijdens de zwangerschap slechts de vrouwen die een functie uitoefenen die hen blootstelt aan veiligheids- en gezondheidsrisico's, in welk geval de werkgever de arbeidsvoorwaarden en de werktijden tijdelijk moet aanpassen of, wanneer zulks onmogelijk is, de werkneemster ander werk moet geven; in laatste instantie kan de werkneemster van arbeid worden vrijgesteld.

40. Om voormelde redenen verzetten de artikelen 2, leden 1 en 3, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207 zich mijns inziens ertegen dat een werkneemster die haar ouderschapsverlof met instemming van haar werkgever wil bekorten, haar werkgever vóór de sluiting van de overeenkomst over de werkhervatting moet informeren over haar zwangerschap, ofschoon zij wegens haar zwangerschap haar taak niet ten volle zal kunnen vervullen wegens een vanaf de eerste dag geldend wettelijk arbeidsverbod.

VII — De tweede prejudiciële vraag

41. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of er sprake is van ongeoorloofde discriminatie op grond van geslacht in de zin van richtlijn 76/207, wanneer de werkgever zijn instemming met de werkhervatting door een werkneemster vóór het einde van het ouderschapsverlof kan herroepen op grond van dwaling omtrent de zwangerschap van de betrokkene.

42. Ik ben het eens met de Commissie, dat de nationale rechter de bepalingen van het burgerlijk wetboek moet uitleggen tegen de achtergrond van de tekst en de doelstellingen van de richtlijnen 76/207 en 92/85 teneinde het door de gemeenschapsregeling beoogde resultaat te bereiken.

Nu de werkgever de werkhervatting door de werkneemster vóór het einde van het ouderschapsverlof niet kan weigeren wegens haar zwangerschap, lijkt het mij kennelijk onaanvaardbaar dat hij na zijn instemming te hebben gegeven, tot dit resultaat wel zou kunnen komen met een beroep op de artikelen 123 en 119 van het Duitse burgerlijk wetboek.

43. Een recht van de werkgever om de geldigheid van zijn instemming met de voortijdige beëindiging van het ouderschapsverlof van een zwangere werkneemster te betwisten wegens dwaling omtrent haar zwangerschap, vormt mijns inziens dan ook een door richtlijn 76/207 verboden rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht.

VIII — Conclusie

44. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de vragen van het Arbeitsgericht Lübeck te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 2, leden 1 en 3, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten, dat een werkneemster die haar ouderschapsverlof met instemming van haar werkgever wil bekorten, haar werkgever vóór de sluiting van de overeenkomst over de werkhervatting moet informeren over haar zwangerschap, ofschoon zij wegens haar zwangerschap haar taak niet ten volle zal kunnen vervullen wegens een vanaf de eerste dag geldend wettelijk arbeidsverbod.

2) Een recht van een werkgever om de geldigheid van zijn instemming met de voortijdige beëindiging van het ouderschapsverlof van een zwangere werkneemster te betwisten wegens dwaling omtrent haar zwangerschap, vormt een door richtlijn 76/207 verboden indirecte discriminatie op grond van geslacht."