CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 14 november 1989 *

Mijnheer de President,
Mijne heren Rechters,

1. Naar aanleiding van twee reeksen prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden en het Højesteret (Denemarken) wordt u verzocht, een algemene beschouwing te wijden aan het moederschap en de plaats die dit, gelet op het communautaire beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, dient toe te komen in het economische en sociale leven van onze Europese maatschappijen.

2. De feiten in zaak 177/88 kunnen als volgt worden samengevat. In juni 1981 solliciteerde mevrouw Dekker naar de post van vormingswerker bij het Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus te Wormer in Nederland (hierna: het vormingscentrum). Op 15 juni 1981 liet zij de sollicitatiecommissie weten, dat zij drie maanden zwanger was. De commissie droeg haar bij het bestuur van het vormingscentrum voor als de meest geschikte kandidaat voor de functie. Op 10 juli 1981 ontving Dekker evenwel een brief van het vormingscentrum, waarin het haar meedeelde dat het had besloten haar niet in dienst te nemen, omdat het na het advies van het Risicofonds sociale voorzieningen bijzonder onderwijs te hebben ingewonnen, had vernomen dat het het eventueel te betalen ziekengeld niet zou terugkrijgen van het Risicofonds en dat het gedurende het zwangerschapsverlof dus geen vervanger kon aanstellen.

3. Het personeel van het vormingscentrum valt namelijk niet onder de *Ziektewet*, maar onder een Koninklijk Besluit van 19 december 1967 (hierna: het KB) [1], alsook onder het *Ziekengeldreglement*, waarin afwijkende bepalingen kunnen worden voorzien. De bij dit reglement aan de werknemers verleende aanspraken mogen niet minder zijn dan die welke voor hen uit de toepasselijkheid van het KB zouden voortvloeien. [2] Artikel 3, lid 1, van het KB stelt een verhindering om diensten te verrichten in verband met zwangerschap en bevalling gelijk met een verhindering wegens ziekte. Verder wordt in artikel 6 van het Ziekengeldreglement bepaald, dat „het bestuur (van het Risicofonds) de bevoegdheid heeft uitkering van ziekengeld aan een deelnemer geheel of ten dele te weigeren... 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." In dat geval ontvangt de werkgever die gedurende het ziekteverlof het ziekengeld [3] aan het personeel moet uitbetalen, dat door het Risicofonds dient te worden terugbetaald, geen

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Stbl. 1967, nr. 683, vastgesteld krachtens de *Algemene Burgerlijke Pensioenwet.*

2 — Artikel 14 van het KB.

3 — Het volledige loon gedurende achttien maanden, vervolgens 80% van het loon: artikel 4 van het *Ziekengeldreglement.*

schadeloosstelling van deze laatste en draagt hij de kosten van deze uitkering zelf.

4. Het schijnt vast te staan dat het Risicofonds weliswaar over een beoordelingsmarge beschikte om het ziekengeld dat het vormingscentrum mevrouw Dekker gedurende haar zwangerschapsverlof zou hebben moeten uitbetalen, al dan niet voor zijn rekening te nemen, doch dat het reeds voordien in soortgelijke omstandigheden had geweigerd dit te doen. In het verwijzingsarrest wordt overigens vastgesteld, dat het vormingscentrum naar het schijnt geen onrechtmatige daad heeft begaan door als vaststaand aan te nemen dat wanneer het Dekker zou hebben aangesteld, het Risicofonds een uitkering zou hebben geweigerd voor het eventueel aan zijn werkneemster betaalde ziekengeld.

5. De *Arrondissementsrechtbank* te Haarlem en het *Gerechtshof* te Amsterdam hadden zich op het standpunt gesteld, dat de weigering van de aanstelling door het vormingscentrum in strijd was met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen[4], waarmee het Nederlands recht in overeenstemming diende te worden gebracht met de bepalingen van richtlijn 76/207/EEG van de Raad[5] (hierna: de richtlijn). Deze rechterlijke instanties lijken evenwel te hebben geoordeeld dat de financiële moeilijkheden waarmee het vormingscentrum zou worden geconfronteerd indien het Dekker had aangesteld, een rechtvaardigingsgrond vormden die het onwettige karakter van de aanstellingsweigering wegnam.

6. De *Hoge Raad*, waaraan het geschil is voorgelegd, heeft het Hof vier prejudiciële vragen gesteld, waarin in wezen om uitlegging van de artikelen 2 en 3 van de richtlijn wordt verzocht ten einde enerzijds te kunnen vaststellen of de weigering van een aanstelling wegens zwangerschap, gelet op het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, wettig is, en anderzijds welke consequenties een eventuele schending van het communautaire beginsel heeft wat het nationale recht inzake wettelijke aansprakelijkheid betreft.

7. Voor deze zaak kan worden beslecht, dient evenwel een oplossing te worden gevonden voor bepaalde moeilijkheden die de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft vermeld. In wezen is zij van mening dat de richtlijn niet correct in het Nederlands recht is omgezet, omdat, ofschoon er een „omzettings"-wet is, in het nationale recht van deze Lid-Staat daarmee strijdige wettelijke bepalingen bestaan. Gezien de rechtspraak van het Hof in de zaak Marshall[6] zou men zich bijgevolg moeten afvragen of tegenover het vormingscentrum wel een beroep op de bepalingen van de richtlijn kan worden gedaan, aangezien richtlijnen geen zogenoemd „horizontaal" effect hebben.[7]

8. Hier raken wij aan een van de moeilijkheden die een onvermijdelijk gevolg zijn van de onduidelijke situatie van het betrokken nationale recht in deze zaak. Immers, het naast elkaar bestaan van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen betreffende de toegang tot het beroep en het KB, waarvan artikel 3, waarin zwangerschap met ziekte wordt gelijkgesteld, zeer wel in strijd zou kunnen zijn met de richtlijn, vormt voor de rechtssubjecten, in de woorden van 's Hofs rechtspraak zelf,

4 — *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* van 1 maart 1980, waarbij een nieuw artikel 1637 is ingevoerd in het Burgelijk Wetboek (Stbl. 1980, nr. 86).

5 — Betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40).

6 — Arrest van 26 februari 1986, zaak 152/84, Jurispr. 1986, blz. 723.

7 — Schriftelijke opmerkingen van de Commissie, blz. 14 en 15.

„een dubbelzinnige feitelijke situatie, doordat zij in een toestand van onzekerheid worden gehouden over hun mogelijkheden om zich op het gemeenschapsrecht te beroepen." [8]

9. Een dergelijke tegenstrijdigheid in nationale voorschriften van uiteenlopende waarde lijkt mij in voorkomend geval de basis te kunnen vormen voor een door de Commissie in te stellen beroep wegens niet-nakoming, zulks in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof in vorengenoemd arrest Commissie tegen Frankrijk, betreffende de Franse Code du travail maritime. Indien het begrip onjuiste omzetting op uniforme wijze dient te worden opgevat, dient men zich derhalve op het standpunt te stellen dat het loutere feit dat er een bijzonder wettelijk voorschrift bestaat dat in strijd is met een algemenere wet waarbij een richtlijn is omgezet, een reden is om te stellen dat de richtlijn niet op juiste wijze is omgezet. In zijn arrest Kolpinghuis Nijmegen heeft het Hof weliswaar verklaard dat

„de vraag of voor een nationale rechter op de bepalingen van een richtlijn als zodanig beroep kan worden gedaan, slechts rijst indien de betrokken Lid-Staat de richtlijn niet binnen de gestelde termijnen of op onjuiste wijze in nationaal recht heeft omgezet" [9],

doch het heeft het begrip onjuiste omzetting nooit gedefinieerd. Hoe het ook zij, de definitie van dit begrip kan niet verschillend uitvallen naar gelang het Hof te maken heeft met een beroep wegens niet-nakoming of met een prejudiciële vraag.

10. De Commissie is van mening dat in casu sprake is van onjuiste omzetting en leidt overeenkomstig het arrest Marshall daaruit af, dat op de richtlijn slechts een beroep kan worden gedaan tegenover de staat en de staatsorganen. Voor deze afleiding lijken ons de factoren evenwel te zijn omgekeerd. Immers, het Hof heeft reeds beklemtoond, dat het recht van de justitiabelen om tegenover een Lid-Staat die zijn verplichtingen niet nakomt, een beroep te kunnen doen op een richtlijn, een minimum waarborg was. [10] De rechtspraak van het Hof betreffende — zoals het gewoonlijk heet — „de rechtstreekse werking van de richtlijnen" is slechts een ultima ratio waarmee de niet-omzetting of een onjuiste omzetting van een richtlijn dient te worden verholpen. Indien er dus een andere gemeenschapsrechtelijke techniek bestaat waarmee aan artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag zijn nuttige werking kan worden gegeven, dan dient deze eerst te worden aangewend voordat het vraagstuk van een eventuele „rechtstreekse werking" wordt onderzocht.

11. De rechtspraak van het Hof betreffende *de uitlegging van het nationale recht* in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht lijkt mij niet bijzonder geschikt voor een situatie als de onderhavige. Immers, gelijk het Hof reeds herhaaldelijk heeft verklaard,

„moet de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet, zijn nationale recht uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het in artikel 1989, derde alinea, EEG-Verdrag bedoelde resultaat te bereiken" [11],

en zulks, ongeacht of de termijn van omzetting al dan niet is verstreken. [12]

8 — Arrest van 4 april 1974, zaak 167/73, Commissie tegen Frankrijk, Jurispr. 1974, blz. 359, r. o. 41.

9 — Arrest van 8 oktober 1987, zaak 80/86, Jurispr. 1987, blz. 3969, r. o. 15.

10 — Arrest van 6 mei 1980, zaak 102/79, Commissie tegen België, Jurispr. 1980, blz. 1473, vooral r. o. 12.

11 — Voornoemd arrest in zaak 80/86, r. o. 12; zie eveneens arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson, Jurispr. 1984, blz. 1891, en arrest van 4 februari 1989, zaak 157/86, Murphy, Jurispr. 1989, blz. 673.

12 — Vorengenoemde zaak 80/86, r. o. 15.

12. Een dergelijk beroep op de richtlijn is niet alleen mogelijk tegenover de staat of min of meer van de overheid afhankelijke organen, omdat de rechtsnorm die wordt toegepast, de nationale wet blijft, die in zekere zin is verduidelijkt door een uitlegging die thans in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. [13]

13. Met andere woorden, indien een Lid-Staat een richtlijn ondanks de vaststelling van een „omzettings"-wet, vanwege het feit dat er andere, daarmee strijdige nationale voorschriften in stand blijven, niet juist heeft omgezet, moet de nationale rechter aan zijn nationale recht, en in het bijzonder aan de bepalingen van de „omzettings"-wet, een uitlegging geven die in overeenstemming is met de eisen van de richtlijn.

14. In het arrest Mazzalai heeft het Hof overigens een door de regering van een Lid-Staat aangevoerd argument van onbevoegdheid verworpen. Het verklaarde namelijk

„dat het Hof volgens artikel 177 bevoegd is bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging van door de instellingen van de Gemeenschap verrichte handelingen, ongeacht of deze directe werking hebben of niet." [14]

15. Opgemerkt zij, dat mijn voorstel — maar dit volgt reeds uit de rechtspraak van het Hof — leidt tot een niet vaak op de voorgrond geplaatst onderscheid tussen het beroep op een richtlijn ingeval van het ontbreken van nationale voorschriften waarmee haar doelstellingen kunnen worden bereikt, om rechtstreeks te kunnen profiteren van de *toepassing van de bepalingen ervan* (zogenoemde theorie van de „rechtstreekse werking" [15]) en het beroep op een richtlijn enkel ten behoeve van *de uitlegging van het nationale recht* en met name van de nationale bepalingen tot omzetting van de communautaire voorschriften (de zogenoemde theorie van de „conforme interpretatie"). Het eerste is beperkt tot de bepalingen van de richtlijnen die voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn en kan volgens de rechtspraak van het Hof niet de betrekkingen tussen particulieren regelen, doch het tweede is zeer algemeen, *ongeacht of de richtlijn rechtstreekse werking heeft,* en ongeacht wie de betrokken partijen zijn.

16. De prejudiciële vraag moet dus worden gelezen als beperkt tot de uitlegging van de richtlijn, en de onduidelijke redactie ervan kan niet betekenen dat de rechter a quo het Hof een vraag heeft willen stellen over de rechtstreekse werking.

17. De rechter a quo zal dus met inachtneming van de door het Hof aan de betrokken richtlijn gegeven uitlegging de relevante bepalingen van de Nederlandse wet moeten uitleggen.

18. De feiten in zaak C-179/88 vergen minder tijd. Mevrouw Hertz is op 15 juli 1982 in dienst getreden bij Aldi Marked. In juni 1983 beviel zij van een kind en zij hervatte haar werkzaamheden na afloop van haar zwangerschapsverlof. Tussen juni 1984 en juni 1985 was zij gedurende honderd werkdagen met ziekteverlof.

13 — Zie terzake Y. Galmot en J.-C. Bonichot in „La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national„ *Revue française de droit administratif,* janvier-février 1988, die verklaren: „Le mécanisme de l'interprétation conforme au droit communautaire permet donc de donner aux directives leurs pleins effets dans le cas, précisément, où les conditions exigées en droit interne ne sont pas remplies".

14 — Arrest van 20 mei 1976, zaak 111/75, Jurispr. 1976. blz. 657, r. o. 7.

15 — Zie de reserves van P. Pescatore ten aanzien van deze uitdrukking in „L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification", Dalloz Sirey, 1980, *Chronique XXV,* blz. 171.

Bij brief van 27 juni 1985 werd zij ontslagen op grond van haar herhaalde afwezigheid wegens ziekte.

19. Volgens de verwijzingsbeschikking wordt niet betwist dat het ziekteverlof van Hertz tussen juni 1984 en juni 1985 een voortvloeisel was van haar bevalling.

20. Het *Højesteret* van Denemarken, waaraan het geding was voorgelegd, heeft twee prejudiciële vragen gesteld. In wezen vraagt het enerzijds of de bepalingen van de richtlijn, met name artikel 5 daarvan, aldus moeten worden uitgelegd dat zij het ontslag van een vrouw wegens ziekte verbieden wanneer deze ziekte een gevolg is van haar zwangerschap of bevalling, en anderzijds of, zo zulks het geval is, voor dit verbod een tijdslimiet geldt.

21. Zoals ik u reeds te verstaan heb gegeven, zal het Hof naar aanleiding van deze beide principezaken moeten beslissen, welke plaats in onze Europese maatschappijen dient toe te komen aan het moederschap.

22. Gedurende lange tijd behoefde in het economisch leven, het aan mannen voorbehouden domein, geen rekening te worden gehouden met de fysiologische verschillen tussen de beide seksen. Dat is thans niet meer het geval. Bijgevolg moeten de eisen van het beroepsleven worden afgestemd op het moederschap, een moeilijk proces.

23. De vraag stellen is soms haar beantwoorden. Is er een gebeurtenis die meer verbonden is met het vrouw-zijn? Is gelijke behandeling van vrouwelijke werknemers en mannelijke werknemers denkbaar, zonder dat rekening wordt gehouden met het moederschap?

24. Een dergelijke eis is de Deense wetgever trouwens niet ontgaan: terwijl de richtlijn in artikel 2, lid 1, ziet op „iedere vorm van discriminiatie op grond van geslacht... door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie", zien de Deense wetten nrs. 161 en 162 van 12 april 1978 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van het arbeidsproces op de discriminaties „door verwijzing naar met name de *zwangerschap,* de echtelijke staat of de gezinssituatie". [16]

25. In de zaak Dekker lijkt een aanstellingsweigering vanwege de aanstaande bevalling, aangezien een gebeurtenis in aanmerking wordt genomen die uitsluitend vrouwelijke werknemers betreft, een *rechtstreekse* discriminatie op grond van geslacht. Hier lijkt mij geen toepassing mogelijk van ‚s Hofs rechtspraak in de zaken Jenkins [17], Bilka [18] en Rinner-Kühn [19] betreffende indirecte discriminaties, waaraan slechts toepassing is gegeven wanneer er sprake was van elementen die in abstracto de beide geslachten konden betreffen — bij voorbeeld de hoedanigheid van part-time-werknemer —, maar die in de praktijk eerder verband hielden met de situatie van de vrouw dan die van de man. Het moederschap — vergeef me deze gemeenplaats — kan immer slechts de vrouw betreffen; wordt hiermee een aanstellingsweigering gerechtvaardigd, dan is uiteraard sprake van een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht.

16 — Cursivering van mij.

17 — Zaak 96/80, Jurispr. 1981, blz. 911.

18 — Zaak 170/84, Jurispr. 1986, blz. 1607.

19 — Arrest van 13 juli 1989, zaak 171/88, Jurispr. 1989, blz. 2743.

26. Men kan niet stellen dat een dergelijke situatie slechts kan vallen onder artikel 2, lid 3, van de richtlijn, waarin wordt bepaald dat zij „geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft." Met dit artikel dient de Lid-Staten enkel de mogelijkheid te worden geboden om maatregelen te nemen, die *in strijd zijn* met het beginsel van gelijke behandeling, zodat vrouwelijke werknemers een bijzondere bescherming wordt geboden, bij voorbeeld door hun bepaalde rechten voor te behouden. Met andere woorden, het gaat vooral om wat in het Amerikaanse recht wordt genoemd *„affirmative* action". Overigens heeft het Hof in zijn arrest Hofmann [20] op basis van dit artikel erkend dat een wettelijke regeling waarbij enkel aan vrouwen een moederschapsverlof wordt verleend, zonder dat de vaders een gelijksoortig verlof krijgen, verenigbaar is met de richtlijn. Hier gaat het er daarentegen slechts om, dat een strikte gelijkheid van mannelijke en vrouwelijke werknemers wordt vastgelegd, opdat bij hun toetreding tot de arbeidsmarkt geen rekening wordt gehouden met iets dat zich uitsluitend bij vrouwelijke werknemers kan voordoen.

27. Ook moet nog worden opgemerkt, dat een dergelijk beginsel geen invloed heeft op de mogelijkheid van de Lid-Staten om voorwaarden betreffende de duur van de verzekering of de arbeid vast te stellen voor de toekenning van ziekengeld in geval van zwangerschap. Beide zaken staan los van elkaar. De werkgever kan geen aanstelling weigeren. Indien zijn werkneemster eventueel niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden betreffende de verzekerings- of arbeidsduur, vereist het beginsel van gelijke behandeling, dat zij op gelijke wijze als haar mannelijke collega's wordt behandeld en eventueel geen ziekengeld ontvangt.

20 — Arrest van 12 juli 1984, zaak 184/83, Jurispr. 1984, blz. 3047.

28. De moeilijkheid is veel eerder gelegen — de zaak Dekker toont dat heel duidelijk — in het feit dat er wettelijke regelingen bestaan op grond waarvan de betaling van het ziekengeld gedurende het zwangerschapsverlof gedeeltelijk ten laste van de werkgever komt. In Spanje, Italië, Frankrijk, Portugal en Luxemburg worden de uitkeringen betaald door de sociale-zekerheidsorganen, waarbij de werkgevers enkel bijdragen betalen aan de verschillende sociale-zekerheidsstelsels, doch in andere Lid-Staten neemt de werkgever een gedeelte van deze uitkeringen voor zijn rekening. In de Bondsrepubliek Duitsland bij voorbeeld betaalt de ziekteverzekering een zwangerschapsuitkering [21], doch het supplement moet worden betaald door de werkgever. [22] In België behoudt de werkgever ten laste van de werkgever aan het begin van de periode van zwangerschapsverlof recht op het gegarandeerde week- of maandloon. [23] In Denemarken betaalt de gemeente-administratie 90% van het loon in de periode van vier weken voor de vermoedelijke bevallingsdatum tot 24 weken na de bevalling; de werkgever betaalt niettemin gedurende vijf maanden de helft van het loon, maar wordt gesubrogeerd in de rechten van zijn werknemer jegens de gemeenteadministratie. [24] In het Verenigd Koninkrijk worden de uitkeringen [25] betaald door de werkgever, die ze van de staat [26] terugkrijgt.

29. In het Nederlandse recht onderzoek ik enkel de positie van werknemers in het bijzonder onderwijs, ten aanzien waarvan de door de zaak Dekker opgeworpen moeilijkheden zich voordoen. Wat dit aangaat, wordt in artikel 3, lid 1, van het KB, zoals ik reeds heb gezegd, de verhindering om

21 — Mutterschaftsgeld, § 200 RVO, maximaal 25 DM per dag.

22 — Arbeitgeberzuschuß, § 14, MuSchG.

23 — Artikelen 55 en 75 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

24 — *Lovbekendtgørelse*, nr. 949 van 23 december 1986, artikel 33, en nr. 516 van 23 juli 1987, artikel 7.

25 — *Statutory Maternity Pay.*

26 — Social Security Act 1975, Social Security Act 1986, sections 46-50.

diensten te verrichten wegens ziekte gelijkgesteld met verhindering in verband met zwangerschap en bevalling. Verder kan het Risicofonds — zoals ik reeds heb aangegeven — ingevolge het Ziekengeldreglement uitkering van ziekengeld aan de werkgever weigeren, indien de 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.

30. Ik ben mij volledig bewust van het feit dat het vormingscentrum bij een eventuele aanstelling van Dekker waarschijnlijk geconfronteerd zou zijn geweest met financiële moeilijkheden ten gevolge van het feit dat het Risicofonds de uitkeringen waarop de betrokkene eventueel recht zou hebben gehad, niet voor zijn rekening zou nemen. Het lijkt mij evenwel niet, dat het beginsel van gelijke behandeling, in de opvatting die ik te dien aanzien heb voorgesteld, moet wijken voor dergelijke moeilijkheden die voornamelijk te wijten zijn aan de gelijkstelling van zwangerschap met ziekte, een gelijkstelling die technisch gerechtvaardigd is wanneer het gaat om de berekening van het bedrag van het ziekengeld, maar zeer discutabel wanneer zij leidt tot een aanstellingsweigering.

31. Om de volle werking van de richtlijn en de effectiviteit van het communautaire beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces te verzekeren, moeten de Lid-Staten alle nuttige maatregelen nemen die kunnen verzekeren dat het feit dat de werkgever verplicht is om een zwangere vrouw aan te stellen — wanneer zij het meest geschikt is, hetgeen in zaak 177/88 niet wordt bestreden —, hem niet ten gevolge van de toepassing van nationale bepalingen inzake met name de sociale zekerheid in een ongunstiger positie brengt dan indien hij een mannelijke werknemer had aangesteld.

32. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, op de eerste vraag te antwoorden dat de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, van de richtlijn aldus moeten worden uitgelegd, dat de weigering van een werkgever om een vrouwelijke werknemer aan te stellen omdat zij zwanger is, een rechtstreekse discriminatie op grond van het geslacht is, ongeacht de financiële consequenties die daaruit voor de werkgever kunnen voortvloeien.

33. Om dezelfde redenen waarom ik dit antwoord in overweging geef, stel ik u voor op de tweede vraag te antwoorden, dat het geen verschil maakt of er ten tijde van de aanstelling mannelijke sollicitanten waren of niet.

34. De derde en vierde vraag betreffen de eventuele toepassing van de nationale voorschriften inzake wettelijke aansprakelijkheid. De rechter a quo vraagt in wezen of bij een discriminatie door de werkgever in strijd met de richtlijn de nationale bepalingen inzake het vereiste van schuld en het eventuele bestaan van rechtvaardigingsgronden van toepassing zijn. Hier hebben wij te maken met de klassieke moeilijkheden van de scheiding tussen de communautaire rechtsorde en de nationale rechtsorde. In zijn arresten Von Colson en Kamann[27], Harz[28] en Commissie tegen Duitsland[29] heeft het Hof deze moeilijkheden reeds behandeld met betrekking tot de sancties op

27 — Arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Jurispr. 1984, blz. 1891.

28 — Arrest van 10 april 1984, zaak 79/83, Jurispr. 1984, blz. 1921.

29 — Arrest van 21 mei 1985, zaak 248/83, Jurispr. 1985, blz. 1459.

bij de richtlijn verboden discriminaties. Hier gaat het erom, of een schending van de eisen van het gemeenschapsrecht onbestraft kan blijven, wanneer de werkgever zich voor zijn verweer kan beroepen op het ontbreken van schuld of op het bestaan van rechtvaardigingsgronden uit hoofde van het nationale recht.

35. Ter zake zou dunkt mij de nuttige werking van de bepalingen van de richtlijn worden gefrustreerd, indien bij een discriminatie in strijd met een bepaling van gemeenschapsrecht *daarnaast nog* schuld van de werkgever zou moeten worden bewezen. Weliswaar wordt in het „klassieke" wettelijke-aansprakelijkheidsrecht voor het bestaan van een onrechtmatige daad, schade en een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade onderstelt. Het komt mij evenwel voor dat in dat geval de onrechtmatige daad bestaat in de schending van de gemeenschapsrechtelijke bepaling zelf, dat wil zeggen de discriminerende handeling of gedraging.

36. Evenzo zou, wanneer de rechtvaardigingsgronden, die noodzakelijkerwijze per rechtsstelsel van de Lid-Staten verschillen, als doeltreffend zouden worden erkend, de nuttige werking van het communautaire beginsel van gelijke behandeling alsook de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht aanzienlijk worden verzwakt. Zodra een vrouwelijk werkneemster dus heeft bewezen dat zij is gediscrimineerd, alsmede dat zij door deze discriminatie schade heeft geleden, dan kan dunkt mij de werkgever geen enkele aan het nationale recht ontleende rechtvaardigingsgrond aanvoeren en dient de nationale rechter dus te verzekeren dat voor dit gedrag de in zijn nationale recht voorziene sanctie wordt opgelegd, omdat de richtlijn ten aanzien van deze aangelegenheid de Lid-Staten heeft vrijgelaten, met dien verstande evenwel, dat volgens de rechtspraak van het Hof de sancties „doeltreffend genoeg moeten zijn om het doel van de richtlijn te verwezenlijken".[30]

37. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, op de derde vraag te antwoorden dat het onverenigbaar is met de artikelen 2 en 3 van de richtlijn om, wanneer een schending van het beginsel van gelijke behandeling is vastgesteld, daarnaast nog het bewijs van schuld van de werkgever te eisen of toe te staan dat deze laatste een beroep kan doen op een aan het nationale recht ontleende rechtvaardigingsgrond, onverminderd natuurlijk de bepalingen van de leden 2 tot en met 4 van artikel 2.

38. Bijgevolg behoeft de vierde vraag niet te worden beantwoord.

39. De noodzaak van de moeilijke verzoening van het beginsel van gelijke behandeling met de eisen van het economische leven is misschien nog dwingender in de zaak Hertz.

40. Hoe moeten de ziekteperiodes worden beschouwd, die na het zwangerschapsverlof liggen, maar een rechtstreeks gevolg zijn van de zwangerschap en de bevalling? Moet daarop nu wel of niet de om zo te zeggen „algemene" regeling van afwezigheid om gezondheidsredenen worden toegepast?

41. De rechtsstelsels van de Lid-Staten lopen op dit punt sterk uiteen. In talrijke staten wordt namelijk geen rekening gehouden met de oorsprong van de ziekte, maar de wettelijke regelingen schrijven meestal wel een termijn voor, voordat de werkgever iemand wegens ziekte mag ontslaan. Zo mag in Ierland de werkgever op grond van de *Unfair Dismissals Act* een werknemer ontslaan die wegens herhaalde afwezigheid door ziekte niet meer in staat is zijn werk te doen. In Luxemburg kan de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigen na afloop van een termijn van drie maanden, die in-

30 — Vorengenoemde zaken 14/83 en 79/83.

gaat in de maand volgende op die waarin de werknemer ziek is geworden, en voor arbeiders na het verstrijken van een termijn van 26 weken.[31] In Frankrijk ten slotte kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de periode waarin de overeenkomst is geschorst, alsmede gedurende de vier weken die op deze periode volgen.[32] Daarna mag hij zijn werknemer ontslaan op grond van herhaalde afwezigheid wegens ziekte.

42. In het Italiaanse recht daarentegen kan de werkgever — ingevolge artikel 2110 van de codice civile gedurende een in de collectieve arbeidsovereenkomsten naar anciënniteit vastgestelde periode[33] — de arbeidsovereenkomst niet beëindigen ingeval van complicaties die zich na het zwangerschapsverlof voordoen, doch die een gevolg zijn van de zwangerschap of de bevalling.[34] Ook is het verboden, een werkneemster te ontslaan gedurende een periode die loopt van het begin van de zwangerschap tot het einde van het eerste levensjaar van het kind. In het Griekse recht maakt de wetgever onderscheid tussen het specifieke geval van een ziekte die zijn oorsprong vindt in de bevalling — die slechts een grond voor ontslag kan zijn, wanneer de werkgever het bestaan van een „ernstige reden" bewijst[35] — en de „algemene" ziektegevallen waarvoor het enkel overschrijden van de wettelijke periode voor ziekteverlof een ontslagreden is.

43. Ik ben even geneigd geweest — ik kan er niet omheen het te bekennen — het Hof een oplossing voor te stellen, waarbij ziektes die rechtstreeks, zeker en voornamelijk het gevolg waren van zwangerschap of bevalling een soort „immuniteit" zouden genieten, in die zin dat het beginsel van gelijke behandeling zich ertegen zou verzetten dat de werkgever zijn werkneemster gedurende een redelijke termijn vanaf de betrokken gebeurtenis zou ontslaan. Maar het lijkt mij enerzijds, dat de huidige stand van het gemeenschapsrecht een dergelijk vereiste niet stelt, en anderzijds dat deze op het eerste gezicht verleidelijke oplossing waarschijnlijk talrijke negatieve effecten zal hebben, die moeilijk zullen kunnen worden verholpen.

44. Immers, zoals ik reeds heb gezegd, heeft de richtlijn het in artikel 2, lid 3, aan de Lid-Staten overgelaten om adequate bepalingen vast te stellen „betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft". Deze bepaling lijkt mij de limiet aan te geven van de werking van het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand. De richtlijn schrijft een strikte gelijkheid van behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor: in casu wil dat zeggen het verbod om ziektes waarvan de oorsprong in het moederschap ligt, minder gunstig te behandelen dan die welke een andere oorsprong hebben; ze legt de Lid-Staten in geen enkel opzicht de verplichting op om *positieve discriminaties* te voorzien, door de eerste ziektes gunstiger te behandelen dan de laatste, maar zij biedt hun enkel de mogelijkheid.

45. Overigens levert een dergelijke oplossing wel ernstige problemen op. Indien de complicaties ten gevolge van de bevalling zeer ernstig zijn, zal de werkneemster namelijk jarenlang ongeschikt kunnen blijven om te werken, zonder dat haar werkgever haar kan ontslaan, en eenieder zal erkennen

31 — Artikel 8 van de wet van 12 november 1971 en artikel 8 van de wet van 24 juni 1970.

32 — Artikelen L 122-25 en volgende van de code du travail.

33 — In de jurisprudentie lijkt aan deze bepaling een ruime toepassing te worden gegeven: op grond daarvan moet een redelijke termijn worden inachtgenomen voor het eventuele ontslag na afloop van de vorengenoemde periode.

34 — Wet van 30 december 1971 inzake moederschap.

35 — Artikel 15 van wet nr. 1483/1984.

dat wij hier de moeilijkheden aansnijden die de rechter a quo in zijn tweede vraag aan de orde heeft gesteld. Een dergelijke consequentie is reeds ernstig genoeg wanneer zij enkel tot gevolg heeft dat de werkgever verplicht is de betrokkene in zijn personeelsbestand te handhaven zonder dat hij hoeft bij te dragen tot de ziekte-uitkering of later tot een invaliditeitspensioen. Immers, de goede werking van de onderneming kan in gevaar worden gebracht omdat het moeilijk is, onmiddellijk een vervanger op deze post te benoemen. De ernstigste moeilijkheden doen zich evenwel voor, wanneer de werkgever die zijn werkneemster niet kan ontslaan, wettelijk verplicht is — zij het gedeeltelijk, rechtstreeks of indirect — bij te dragen tot de haar verschuldigde sociale zekerheidsuitkeringen, hetgeen in de sociale wetgeving van enkele Lid-Staten het geval is. Zo blijft de werkgever in de Bondsrepubliek Duitsland het loon van zijn werkneemster met ziekteverlof gedurende zes weken doorbetalen.[36] In Italië wordt de ziekengelduitkering in beginsel betaald door de organen van sociale zekerheid[37], maar op grond van collectieve arbeidsovereenkomsten kan de werkgever verplicht zijn om een aanvulling op de bij de wet voorziene percentages[38] te betalen. In Nederland lijkt de werkgever slechts in bijzondere omstandigheden — en met name, wat het bijzonder onderwijs betreft, zoals uit de zaak Dekker blijkt, in geval van onzorgvuldigheid van de werkgever die een werknemer in dienst heeft genomen, wiens ziekte voorzienbaar was — verplicht de betaling van het ziekengeld voor zijn rekening te nemen.

46. Het lijkt mij eveneens dat ten gevolge van de eventuele financiële moeilijkheden waarmee een werkgever zal worden geconfronteerd, die verplicht is een werknemer die wegens moederschap niet in staat is om te werken, in het personeelsbestand van zijn onderneming te handhaven, het risico bestaat dat talrijke werkgevers, waarschijnlijk onder valse voorwendselen, zullen weigeren zwangere vrouwen in dienst te nemen, of zelfs vrouwen bij wie op grond van hun leeftijd een toekomstige zwangerschap is te voorzien. Dergelijke gedragingen zijn duidelijk in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, doch het is niet zeker dat zij makkelijk kunnen worden vastgesteld en bestraft. Hier bemerkt men, dat een oplossing ter bescherming van enkele vrouwen die ernstige moeilijkheden na de bevalling hebben gehad — dat wil zeggen een oplossing die statistisch voor een gelukkig zeer gering aantal situaties geldt — niet zonder risico zal blijken te zijn voor alle vrouwen die toegang tot het arbeidsproces wensen.

47. Ten slotte lijken de criteria die het Hof zou kunnen vaststellen ten einde te bepalen in welke gevallen de ziekte de aan moederschap verschuldigde bescherming verdient — bestaan van een rechtstreeks, zeker en overwegend causaal verband — alsmede ten einde te bepalen gedurende welke tijd deze bescherming geldt — beroep op een moeilijk af te bakenen begrip redelijke termijn — zowel de nationale rechters als de werkgevers in een moeilijk parket te zullen brengen. Hoe moeilijk zal het voor deze laatsten zijn om te bepalen, of een werkneemster al dan niet kan worden ontslagen! Hier blijkt dus, hoezeer voor een dergelijke oplossing — waarvan ik overigens de juistheid niet betwist — het optreden van een — communautaire of nationale — wetgever nodig is die nauwkeurig de modaliteiten daarvan kan vaststellen, met name met betrekking tot de duur van deze bescherming en de vraag te wiens laste de kosten daarvan komen.

36 — Paragraaf 47, SGB V.

37 — Artikelen 15 tot en met 18 van wet nr. 1204, van 30 december 1971.

38 — Garofalo „*Indennità di malattia e maternità*„, Milaan 1986; Riva-Sanseverino, Libro quinto, „*Del lavoro*" in „Commentario del codice civile", Bologna/Rome 1986, blz. 499-503 en 515-516.

48. De oplossing lijkt mij eerder te moeten liggen in een onderscheid tussen enerzijds de normale zwangerschaps- en bevallingsrisico's, de gewoonlijke complicaties die daarbij kunnen optreden en naar aanleiding waarvan soms een aanvullend moederschapsverlof wordt verleend, welke risico's een communautaire bescherming moeten genieten aangezien zij behoren tot de specificiteit van het moederschap, en anderzijds de ziektes die niet zijn aan te merken als normale zwangerschapsrisico's en die bijgevolg op dezelfde wijze moeten worden behandeld als de „gewone" ziektes. Het normale karakter van het aan het moederschap verbonden risico lijkt voor het Hof hier de richtsnoer te moeten zijn. Met andere woorden, bij gebreke van nationale bepalingen waarbij aan de vrouw een bijzondere bescherming wordt verleend, moet de werkgever zijn werkneemster na afloop van het zwangerschapsverlof, en in voorkomend geval trouwens ook na afloop van het aanvullend verlof, kunnen ontslaan. Wanneer daarentegen de werkneemster haar aanspraken op verschillende zwangerschaps- en moederschapsverloven heeft uitgeput, kunnen de afwezigheden wegens ziekte, zelfs indien zij een gevolg zijn van de zwangerschap of de bevalling, niet tot de normale risico's van het moederschap worden gerekend en moeten zij bijgevolg op dezelfde wijze worden behandeld als die van elke andere werknemer, tenzij de nationale wetgever een bijzondere bescherming invoert op basis van artikel 2, lid 3, van de richtlijn.

49. Meer in het algemeen lijkt mij het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers erop te moeten zijn gericht, dat de specifiek door vrouwen ervaren moeilijkheden worden opgelost, die een zwangerschap vaak teweeg zullen brengen. De voorschriften die de arbeidsmarkt regelen, behoeven slechts te worden aangepast, voor zover het moederschap een „normaal" risico blijft in de loop van het leven. In de dualiteit van deze beide beginselen lijkt mij de oplossing te moeten liggen.

50. De vrouwen moeten dus toegang tot het arbeidsproces kunnen hebben zonder dat hun toekomstige moederschap in aanmerking kan worden genomen, dat hen tijdelijk kan beletten aan de eisen van het beroepsleven te voldoen. Het voortbestaan van de arbeidsbetrekking dient dus niet te lijden onder hun niet-beschikbaar zijn, zodra dit een onderdeel vormt van de normale risico's van een zwangerschap. Wanneer een situatie niet meer tot deze normale risico's behoort, maar een voortvloeisel is van een echte ziekte, kan daarentegen uit het beginsel van gelijke behandeling geen bijzondere bescherming worden afgeleid die enkel door middel van een positieve discriminatie — in voorkomend geval, verenigbaar met het gemeenschapsrecht op basis van artikel 2, lid 3, van de richtlijn — zou kunnen worden ingevoerd.

51. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, voor recht te verklaren:

— in zaak C-177/88:

1) de artikelen 2, lid 1, en 3, 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 aan-

zien van de arbeidsvoorwaarden, moeten aldus worden uitgelegd dat de weigering van een werkgever om een vrouwelijke sollicitante in dienst te nemen, op grond dat ze zwanger is, een rechtstreekse discriminatie op grond van het geslacht vormt;

2) voor het antwoord op de eerste vraag maakt het geen verschil of mannelijke sollicitanten voor de betrokken functie ontbraken;

3) de artikelen 2 en 3 van vorengenoemde richtlijn staan eraan in de weg dat wanneer vaststaat dat het beginsel van gelijke behandeling, zoals erkend in de deze artikelen, is geschonden, voor deze schending slechts een sanctie wordt opgelegd wanneer daarnaast nog schuld van de werkgever wordt aangetoond of wanneer er geen aan het nationale recht ontleende rechtvaardigingsgronden bestaan, zonder dat zich een van de gevallen van artikel 2, leden 2 tot 4 voordoet;

4) de vierde vraag behoeft niet te worden beantwoord;

— in zaak C-179/88:

1) de artikelen 2, lid 1, en 5 van dezelfde richtlijn moeten aldus worden uitgelegd, dat, onverminderd de toepassing van artikel 2, lid 3, het ontslag van een werkneemster buiten de tijdvakken van zwangerschapsverlof op grond van afwezigheid wegens een ziekte die een gevolg is van de zwangerschap of de bevalling, geen rechtstreekse discriminatie op grond van het geslacht vormt;

2) de tweede vraag behoeft niet te worden beantwoord.