CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 9 juli 2020[1]

Zaak C-463/19

Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle
tegen
Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle,
in tegenwoordigheid van:
Mission nationale de contrôle et d'audit des organismes de sécurité sociale

[verzoek van de conseil de prud'hommes de Metz (arbeidsrechter Metz, Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Sociaal beleid – Richtlijn 2006/54/EG – Gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers – Aanvullend verlof dat bij collectieve arbeidsovereenkomst is toegekend na het wettelijke zwangerschapsverlof – Geen recht op het aanvullende verlof voor mannelijke werknemers – Bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft"

I. Inleiding

1. Krachtens de Franse collectieve arbeidsovereenkomst voor het personeel van socialezekerheidsorganen kan de duur van het wettelijke zwangerschapsverlof met een aanvullende periode worden verlengd. Dit aanvullende verlof, dat uitsluitend aan vrouwen is voorbehouden, kan de volgende vormen aannemen: anderhalve maand met behoud van het volledige salaris, drie maanden met behoud van een half salaris of een jaar zonder salaris. Ook bestaat de mogelijkheid om het aanvullende verlof onder bepaalde voorwaarden te verlengen met nog eens een jaar zonder salaris.

2. In het hoofdgeding heeft een vakbond een vordering ingesteld namens een mannelijke werknemer van een socialezekerheidsorgaan. Deze werknemer, die vader is van een dochtertje, heeft het aanvullende verlof aangevraagd. Zijn aanvraag werd geweigerd omdat hij een man is. Voor de nationale rechter stelt de vakbond nu dat een dergelijke weigering discriminerend is.

3. In 1984 heeft het Hof in het arrest Hofmann geoordeeld dat een lidstaat na afloop van het wettelijke zwangerschapsverlof een aanvullend zwangerschapsverlof kan voorbehouden aan vrouwen.[2] Gezien de grote sociale en juridische veranderingen die zich in de afgelopen veertig

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

jaar hebben voorgedaan, waaronder belangrijke ontwikkelingen op aangrenzende gebieden van het sociaal recht en beleid van de Unie, wordt in deze conclusie echter aangedragen dat er beperkingen moeten worden gesteld aan de eerste aanzet die in het arrest Hofmann is gegeven. Het is tijd voor een herziening.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Overweging 24 van richtlijn 2006/54/EG[3] luidt: „Het Hof van Justitie heeft ten aanzien van het beginsel van gelijke behandeling consequent de legitimiteit erkend van de bescherming van de biologische gesteldheid van vrouwen bij zwangerschap en moederschap alsook van maatregelen ter bescherming van het moederschap als een middel om tot werkelijke gelijkheid te komen. 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[4] en 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[5] dienen derhalve door onderhavige richtlijn onverlet te worden gelaten."

5. Artikel 1 van richtlijn 2006/54 bepaalt:

„Doel van deze richtlijn is het verzekeren van de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.

Daartoe worden bepalingen vastgesteld betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling op:

[...]

b) arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van beloning;

[...]"

6. In artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/54 wordt, voor de toepassing van die richtlijn, directe discriminatie gedefinieerd als de situatie waarin „iemand op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld".

7. Artikel 14, lid 1, van richtlijn 2006/54 bepaalt: „Er mag geen directe [...] discriminatie op grond van geslacht plaatsvinden in de publieke of de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, voor wat betreft:

[…]

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (PB 2006, L 204, blz. 23).

4 PB 1992, L 348, blz. 1.

5 PB 1996, L 145, blz. 4. Zoals gewijzigd bij richtlijn 97/75/EG (PB 1998, L 10, blz. 24).

c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning, zoals bepaald in artikel 141 van het Verdrag;

[...]"

8. Artikel 28 van richtlijn 2006/54 bepaalt:

„1. Deze richtlijn laat bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft, onverlet.

2. Deze richtlijn laat de bepalingen van richtlijn 96/34/EG en van richtlijn 92/85/EEG onverlet."

B. Frans recht

1. Arbeidswetboek

9. Artikel L. 1225-17 van de code du travail (arbeidswetboek) bevat de wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op het zwangerschapsverlof in gewone omstandigheden:

„Een werkneemster heeft recht op zwangerschapsverlof gedurende een periode die zes weken voor de vermoedelijke datum van de bevalling begint en tien weken na die datum eindigt.

Op verzoek van de werkneemster en onder voorbehoud van een gunstig advies van de gezondheidswerker die de werkneemster tijdens de zwangerschap begeleidt, kan de periode van opschorting van de arbeidsovereenkomst, die vóór de vermoedelijke datum van de bevalling begint, met maximaal drie weken worden verkort. De periode na de vermoedelijke datum van de bevalling wordt dan met dezelfde duur verlengd.

Wanneer de werkneemster een deel van het zwangerschapsverlof heeft uitgesteld tot na de geboorte van het kind en zij in de periode voorafgaand aan de vermoedelijke datum van de bevalling door een arts arbeidsongeschikt wordt verklaard, wordt dit uitstel geannuleerd en wordt de periode van opschorting van de arbeidsovereenkomst verkort met ingang van de eerste dag waarop de werkneemster arbeidsongeschikt is verklaard. De aanvankelijk uitgestelde periode wordt met dezelfde duur verkort."

10. De artikelen L. 1225-18 tot en met L. 1225-23 van het arbeidswetboek voorzien in aanpassingen van de duur van het zwangerschapsverlof naargelang specifieke omstandigheden.

2. Nationale collectieve arbeidsovereenkomst voor het personeel van de socialezekerheidsorganen

11. Afdeling L van de convention collective nationale de travail du personnel des organismes de sécurité sociale (nationale collectieve arbeidsovereenkomst voor het personeel van de socialezekerheidsorganen; hierna: „CCN") van 8 februari 1957 heeft als opschrift „zwangerschapsverlof". De artikelen 45 en 46 zijn in deze afdeling opgenomen.

12. Artikel 45 CCN bepaalt:

„Tijdens het wettelijke zwangerschapsverlof wordt het salaris gehandhaafd voor personeelsleden met ten minste zes maanden anciënniteit. Dit kan niet worden gecombineerd met de dagvergoedingen die verschuldigd zijn aan personeelsleden als sociaal verzekerden.

Dit verlof wordt niet in aanmerking genomen voor het recht op ziekteverlof en kan niet leiden tot een verkorting van de duur van het jaarlijkse verlof."

13. Artikel 46 CCN luidt:

„Na afloop van het in het vorige artikel bedoelde verlof heeft de werkneemster die haar kind zelf opvoedt, achtereenvolgens recht op:

– drie maanden verlof met behoud van een half salaris, of anderhalve maand verlof met behoud van het volledige salaris;

– een jaar verlof zonder salaris.

Wanneer de werkneemster evenwel een alleenstaande vrouw is of wanneer haar echtgenoot of partner zijn of haar gebruikelijke inkomsten verliest (invaliditeit, langdurige ziekte, militaire dienst), heeft zij recht op drie maanden verlof met behoud van het volledige salaris.

Na afloop van bovengenoemd verlof kan de begunstigde weer volledig terugkeren naar haar functie.

Bij wijze van uitzondering kan de raad van bestuur een aanvullend jaar verlof zonder salaris toekennen. In dit laatste geval kan de werkneemster enkel opnieuw terugkeren indien er functies beschikbaar zijn, waarvoor zij voorrang zal hebben, hetzij binnen haar organisatie, hetzij bij een zusterorganisatie, behoudens de bepalingen van artikel 16 hierboven.

Wanneer dit verlof wordt verlengd, kan de raad van bestuur zich er in bijzondere gevallen formeel toe verbinden om de werkneemster onmiddellijk te laten terugkeren.

Het verlof zonder salaris in de zin van dit artikel heeft ten aanzien van de bepalingen van deze overeenkomst en de pensioenregeling dezelfde gevolgen als het in artikel 40 bedoelde verlof."

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vraag

14. Bij verzoek van 27 december 2017 heeft de Confédération française des travailleurs chrétiens (Franse confederatie van christelijke arbeiders; hierna: „CFTC") van de Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle (plaatselijk ziekenfonds van Moselle; hierna: „CPAM") de CPAM gedagvaard voor de conseil de prud'hommes de Metz (arbeidsrechter Metz, Frankrijk; hierna: „arbeidsrechter").

15. De CFTC treedt op namens een werknemer van de CPAM – een man en vader van een dochtertje –, die het aanvullende verlof[6] als bedoeld in artikel 46 CCN had aangevraagd. Deze prestatie werd hem door de CPAM geweigerd, omdat een dergelijk recht alleen aan vrouwen is voorbehouden.

16. De CFTC heeft de CPAM verzocht om artikel 46 CCN ook op mannelijke werknemers toe te passen. De CPAM heeft daarop geantwoord dat „de letterlijke toepassing van artikel 46 impliceert dat het verlof ingevolge de CCN in het kader van een zwangerschap uitsluitend wordt toegekend aan de moeder (het vrouwelijke woord ‚werkneemster' wordt gebruikt). De vader heeft derhalve geen recht op zwangerschapsverlof. Dit artikel is niet discriminerend aangezien artikel 46 ondergeschikt is aan artikel 45, dat enkel van toepassing is op vrouwen. Aangezien artikel 45 niet op een man van toepassing kan zijn, kan artikel 46 dat evenmin".

17. De CFTC heeft de arbeidsrechter verzocht vast te stellen dat de weigering van de CPAM om haar werknemer verlof als bedoeld in artikel 46 CCN toe te kennen, niet kan worden tegengeworpen omdat deze weigering discriminerend is; de CPAM te veroordelen tot betaling aan haar werknemer van het bedrag van 4 661,83 EUR bij wijze van schadevergoeding, en de CPAM te veroordelen tot aanvulling van het salaris van haar werknemer voor het boekjaar 2016, zoals voor de werknemers van de organisatie op wie artikel 46 CCN van toepassing is.

18. In haar antwoord heeft de CPAM de arbeidsrechter verzocht te verklaren dat alle verzoeken van de CFTC niet-ontvankelijk zijn en, subsidiair, vast te stellen dat de weigering van de CPAM om aan haar werknemer het verlof als bedoeld in artikel 46 CCN toe te kennen in het geheel niet discriminerend is, en de andere verzoeken van de CFTC af te wijzen.

19. In deze omstandigheden heeft de arbeidsrechter besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet richtlijn 2006/54, gelezen in het licht van de artikelen 8 en 157 VWEU, de algemene Unierechtelijke beginselen van gelijke behandeling en het verbod op discriminatie, en artikel 20, artikel 21, lid 1, en artikel 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, aldus worden uitgelegd dat artikel 46 [CCN], op grond waarvan alleen aan de vrouwelijke werknemers van deze organen die zelf hun kinderen opvoeden na het zwangerschapsverlof een verlof van drie maanden met behoud van een half salaris of een verlof van anderhalve maand met behoud van het volledige salaris en een onbetaald verlof van een jaar wordt toegekend, niet onder de materiële werkingssfeer van deze richtlijn valt?"

20. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de CFTC, de CPAM, de Franse en de Portugese regering alsook de Europese Commissie.

[6] Een opmerking over de terminologie: de Franse regering en de CPAM verwijzen naar het verlof als bedoeld in artikel 46 CCN als aanvullend „zwangerschapsverlof". De CFTC gebruikt hiervoor het begrip „congé d'éducation" (opvoedingsverlof). Aangezien een dergelijke terminologische keuze gevolgen heeft voor de gegrondheid van deze zaak, zal ik in deze conclusie gebruikmaken van neutrale bewoordingen voor het uit hoofde van artikel 46 CCN toegekende verlof, namelijk „aanvullend verlof".

IV. Analyse

21. In deze conclusie zal ik eerst ingaan op de bezwaren tegen de bevoegdheid van het Hof en de ontvankelijkheid van de door de belanghebbenden opgeworpen prejudiciële vraag (A). Daarna ga ik over tot de uitlegging van artikel 14, lid 1, en artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54, opdat de nationale rechter de verenigbaarheid van artikel 46 CCN met deze bepalingen van het Unierecht kan beoordelen (B).

A. Bevoegdheid en ontvankelijkheid

22. De CPAM heeft aangevoerd dat het Hof niet *bevoegd* is om deze zaak te behandelen. Volgens haar tracht de verwijzende rechter in feite een „supranationale ongeldigverklaring" van de betrokken nationale bepalingen te verkrijgen en heeft de prejudiciële verwijzing geen betrekking op de uitlegging of de geldigheid van Unierechtelijke voorschriften. Zij stelt dat het Hof niet bevoegd is om na te gaan of de nationale bepalingen verenigbaar zijn met het Unierecht en om het nationale recht uit te leggen.

23. Het is inderdaad zo dat het in een concrete zaak die bij de verwijzende rechter aanhangig is, aan die rechter staat om (eventueel) formeel vast te stellen dat een nationale regeling onverenigbaar is met het Unierecht. Daarentegen is en was het Hof altijd al bevoegd om de nationale rechter alle gegevens over de uitlegging van het Unierecht te verschaffen die deze rechter in staat stellen te beoordelen of nationale bepalingen verenigbaar zijn met de Unieregeling.[7]

24. Wat de *ontvankelijkheid* van de prejudiciële vraag betreft, heeft de Franse regering opgemerkt dat de verwijzingsbeslissing niet voldoet aan bepaalde vereisten van artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering. De verwijzingsbeslissing bevat immers niet de redenen die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht de prejudiciële vraag voor te leggen, aangezien hij slechts de opmerkingen van partijen in het hoofdgeding herhaalt. Bovendien heeft de verwijzende rechter in de prejudiciële vraag verscheidene bepalingen van het Unierecht aangehaald zonder enige uitleg te verschaffen over het verband van die bepalingen met de onderhavige zaak. Dit geldt voor de artikelen 8 en 157 VWEU en de artikelen 20, 21 en 23 van het Handvest.

25. Net als de Franse regering ben ik van mening dat de verwijzingsbeslissing enigszins beknopt is. De twee door die regering gelaakte elementen vloeien echter duidelijk voort uit de verwijzingsbeslissing zelf. Ten eerste, en zoals de Franse regering toegeeft, blijkt uit de verwijzing naar en de weergave van de argumenten van de CFTC met betrekking tot artikel 46 CCN en de verenigbaarheid ervan met richtlijn 2006/54 duidelijk waarom de verwijzende rechter het nodig achtte een prejudiciële vraag te stellen. Voorts bestaat het hoofddoel van de prejudiciële vraag in de uitlegging van de desbetreffende bepalingen van richtlijn 2006/54. De artikelen 8 en 157 VWEU, alsmede de artikelen 20, 21 en 23 van het Handvest worden door de nationale rechter slechts aangehaald als bepalingen *in het licht waarvan* het Hof deze richtlijn kan uitleggen. Het gaat in zekere zin om een gangbare praktijk die in feite nauwelijks een afzonderlijk betoog behoeft.

[7] Zie bijvoorbeeld arrest van 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26. Naar mijn mening beschikt het Hof in de onderhavige zaak dus over alle noodzakelijke gegevens om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te kunnen geven. De opgeworpen bezwaren met betrekking tot de bevoegdheid van het Hof en de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag moeten worden afgewezen.

B. Gegrondheid

27. De arbeidsrechter vraagt of richtlijn 2006/54 aldus moet worden uitgelegd dat het in artikel 46 CCN bedoelde aanvullende verlof *is uitgesloten* van de werkingssfeer van deze richtlijn.

28. Indien die vraag aldus moet worden opgevat dat daarmee wordt beoogd te vernemen of het aanvullend verlof uit hoofde van artikel 46 CCN al dan niet binnen de (materiële) werkingssfeer van de richtlijn valt, dan ben ik het met de Commissie eens dat deze vraag vrij eenvoudig kan worden beantwoord. Artikel 46 CCN regelt een aanvullend verlof dat na het wettelijke zwangerschapsverlof kan worden opgenomen. De voorwaarden voor toekenning van een dergelijk verlof vallen dus duidelijk onder werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 1, onder b), en artikel 14, lid 1, onder c), van richtlijn 2006/54. [8]

29. Uit de context van de verwijzingsbeslissing, en zoals ook duidelijk is opgevat door alle belanghebbenden die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, blijkt echter dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of richtlijn 2006/54, en met name artikel 14, lid 1, en artikel 28, lid 1, van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat zij *in de weg staat* aan een nationale bepaling als artikel 46 CCN, op grond waarvan na het wettelijke zwangerschapsverlof een aanvullend verlof van anderhalve maand met behoud van het volledige salaris, van drie maanden met behoud van een half salaris of van een jaar zonder salaris wordt voorbehouden aan vrouwen. Net als de Commissie ben ik dus van mening dat de prejudiciële vraag moet worden geherformuleerd in de onderhavige zaak.

30. Bij de beantwoording van de dienovereenkomstig geherformuleerde vraag zal ik eerst het toepasselijke rechtskader van de Unie uiteenzetten (1). Vervolgens zal ik mij buigen over het arrest Hofmann (2) en de sociale en wetgevende ontwikkeling na het arrest Hofmann (3). Aan de hand van die elementen zal ik dan enkele beperkende criteria voorstellen om te bepalen of een nationale maatregel onder de „uitzondering voor zwangerschap en moederschap" van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 valt (4). Ten slotte zal ik enkele aanwijzingen geven over de toepassing van deze criteria in de omstandigheden van de onderhavige zaak, die uiteindelijk inderdaad ter beoordeling van de verwijzende rechter staat (5).

1. Toepasselijke bepalingen van Unierecht

31. Artikel 14, lid 1, onder c), van richtlijn 2006/54 verbiedt directe discriminatie op grond van geslacht in de publieke of de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, voor wat betreft werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. Een van deze arbeidsvoorwaarden is een verlofperiode die bij de geboorte van een kind wordt toegekend.

[8] Zie ook arrest van 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punt 45), met betrekking tot de kwalificatie van ouderschapsverlof als „arbeidsvoorwaarde" in de zin van artikel 14, lid 1, onder c), van richtlijn 2006/54, aangezien de toekenning ervan „waardoor jonge ouders hun beroepsactiviteit kunnen onderbreken om zich aan hun gezinstaken te wijden, [...] gevolgen [heeft] voor de uitoefening van de beroepsactiviteit van de betrokken ambtenaren".

32. In artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/54 wordt, voor de toepassing van die richtlijn, directe discriminatie gedefinieerd als de situatie waarin „iemand op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld".

33. In casu wordt niet betwist dat artikel 46 CCN in een minder gunstige behandeling van mannelijke werknemers voorziet. Het aanvullende verlof dat op grond van deze bepaling wordt toegekend, is immers uitdrukkelijk en uitsluitend voorbehouden aan vrouwelijke werknemers.

34. Aangezien de onderhavige zaak betrekking heeft op een geval van directe discriminatie, is geen rechtvaardiging toegestaan, zoals het geval is voor indirecte discriminatie in de zin van artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 2006/54. Wat dus nog moet worden vastgesteld, is of mannelijke en vrouwelijke werknemers kunnen worden geacht zich *in een vergelijkbare situatie* te bevinden in het kader van het betrokken verlof.

35. Zwangerschap, bevalling en de postnatale periode zijn door het Hof erkend als situaties waarin mannen en vrouwen niet vergelijkbaar zijn. Met betrekking tot het *zwangerschapsverlof* heeft het Hof met name geoordeeld dat „een werkneemster tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie in een bijzonder kwetsbare situatie [verkeert], die het noodzakelijk maakt dat haar een recht op zwangerschapsverlof wordt verleend" en heeft het Hof bijgevolg geconcludeerd dat de situatie tijdens dit verlof niet kan worden gelijkgesteld met die van een man of van een vrouw die ziekteverlof geniet[9], noch met de situatie van een man of van een vrouw die daadwerkelijk arbeid verricht[10].

36. Het is in die context dat artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 bepaalt dat de richtlijn bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft, onverlet laat. Bovendien is in artikel 28, lid 2, ook bepaald dat deze richtlijn de bepalingen van richtlijn 96/34[11] en van richtlijn 92/85/EEG onverlet laat – die richtlijnen regelen respectievelijk het recht op ouderschapsverlof en de verschillende maatregelen ter bescherming van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie. Voorts wordt in overweging 24 van richtlijn 2006/54 de legitimiteit erkend van de bescherming van de biologische gesteldheid van vrouwen bij zwangerschap en moederschap alsook van maatregelen ter bescherming van het moederschap als een middel om tot werkelijke gelijkheid te komen.

37. Tegen die achtergrond lijkt het onomstreden dat de lidstaten het recht hebben om een zwangerschapsverlof van *ten minste* veertien weken, zoals geregeld in artikel 8 van richtlijn 92/85, voor te behouden aan vrouwen.

9 Arrest van 27 oktober 1998, Boyle e.a. (C-411/96, EU:C:1998:506, punt 40).

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

11 Die richtlijn is ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2010/18/EU van de Raad van 8 maart 2010 tot uitvoering van de door BUSINESSEUROPE, UEAPME, het CEEP en het EVV gesloten herziene raamovereenkomst en tot intrekking van richtlijn 96/34 (PB 2010, L 68, blz. 13). Laatstgenoemde richtlijn is tevens ingetrokken bij en vervangen door richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van richtlijn 2010/18 (PB 2019, L 188, blz. 79). De termijn voor omzetting van laatstgenoemde richtlijn is nog niet verstreken en deze richtlijn is niet van toepassing op de omstandigheden van de onderhavige zaak.

2. Arrest Hofmann

38. De onderhavige zaak betreft een verlof ter aanvulling van het wettelijke zwangerschapsverlof waarin de nationale wetgeving voorziet. In casu kan dit aanvullende verlof variëren van anderhalve maand tot één jaar, en kan het zelfs met een tweede jaar worden verlengd.

39. De kwestie van het aanvullende verlof dat na afloop van het (wettelijke) zwangerschapsverlof wordt toegekend, is reeds in 1983 voor dit Hof aan de orde gesteld in de zaak Hofmann.[12] Zowel de CPAM als de Franse regering hebben zich op die zaak beroepen. Het centrale belang van het arrest Hofmann voor de onderhavige zaak staat buiten kijf. Een gedetailleerde analyse van dat arrest is dus gerechtvaardigd in dit stadium.

40. Hofmann was een mannelijke werknemer die zich door zijn werkgever onbezoldigd verlof had doen toekennen om voor zijn kind te zorgen. Op grond van de destijds in Duitsland geldende wetgeving was aan de moeder een wettelijke beschermingstermijn van acht weken toegekend, na afloop waarvan kon worden gekozen voor een aanvullend zwangerschapsverlof tot aan de dag waarop het kind de leeftijd van zes maanden bereikte. Tijdens dat aanvullend verlof werd een uitkering uitbetaald. Hofmann had zich door zijn werkgever onbezoldigd verlof doen toekennen gedurende een periode die gelijk was aan de periode van dat aanvullende verlof – beginnend na de afloop van het zwangerschapsverlof van acht weken tot de dag waarop het kind de leeftijd van zes maanden bereikte – terwijl de moeder haar beroepswerkzaamheden hervatte. Hofmann had een aanvraag ingediend voor de uitkering die moeders in uitzicht werd gesteld gedurende die periode. Deze uitkering werd geweigerd op grond dat alleen moeders voor dit zwangerschapsverlof in aanmerking kwamen.

41. De beslissing van het Hof was gebaseerd op artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207/EEG[13], dat de voorloper van het huidige artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 is en de „uitzondering voor zwangerschap en moederschap" bevat. Na een uiteenzetting van de destijds geldende wetgeving heeft het Hof er meteen op gewezen dat „men in de richtlijn geen vragen van gezinsstructuur [heeft] willen regelen en in de taakverdeling tussen de echtelieden geen wijziging [heeft] willen brengen".[14]

42. Vervolgens heeft het Hof verklaard dat „in de richtlijn, waarin aan de lidstaten het recht wordt voorbehouden om bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat ‚zwangerschap en moederschap' betreft, in stand te houden of in te voeren, tweeërlei bescherming van de vrouw, getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, rechtmatig werd bevonden. Enerzijds heeft men de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na de zwangerschap willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld, anderzijds heeft men de bijzondere relatie tussen moeder en kind willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening willen voorkomen".[15]

[12] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

[13] Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40). Artikel 2, lid 3, is artikel 2, lid 7, geworden na de wijziging ervan bij richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 (PB 2002, L 269, blz. 15).

[14] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punt 24).

[15] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punt 25).

43. In het licht van dit tweeledige criterium (hierna: „Hofmann-toets") heeft het Hof geoordeeld: „[E]en maatregel als het in aansluiting aan het zwangerschapsverlof aan de vrouw in uitzicht gestelde moederschapsverlof [valt] onder artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207, omdat het de vrouw zowel wat de gevolgen van de zwangerschap betreft als in haar hoedanigheid van moeder wil beschermen. Daarom kan zulk een verlof aan de moeder, met uitsluiting van ieder ander, worden voorbehouden, immers alleen de moeder kan onder de ongewenste pressie van voortijdige werkhervatting komen te staan." [16] Voorts heeft het Hof gewezen op de beoordelingsmarge die de richtlijn de lidstaten heeft gelaten wat betreft de aard en de modaliteiten van de beschermende maatregelen die in verband met zwangerschap en moederschap moeten worden doorgevoerd. [17]

3. Nakomelingen van het arrest Hofmann

44. Het arrest Hofmann is in een aantal latere zaken van het Hof teruggekomen. De Hofmann-toets, die de „uitzondering voor zwangerschap en moederschap" koppelt aan de biologische gesteldheid van de vrouw en de bijzondere relatie tussen moeder en kind, wordt zelfs ook in de hedendaagse rechtspraak toegepast. [18] Zo hebben de Hofmann-criteria in de rechtspraak een cruciale rol gespeeld bij de vaststelling van het verschil tussen ouderschapsverlof en zwangerschapsverlof. [19]

45. Dat betekent mijns inziens echter niet dat een aanvullend verlof dat aan vrouwen wordt toegekend na afloop van het wettelijke zwangerschapsverlof, moet worden geacht zonder meer automatisch onder artikel 28 van richtlijn 2006/54 te vallen.

46. Het arrest Hofmann zegt niets over eventuele beperkende criteria met betrekking tot de duur van het gerechtvaardigde aanvullende verlof. Het zet slechts de twee redenen uiteen die een dergelijk aanvullend verlof rechtvaardigen, kennelijk zonder enige uitdrukkelijke beperkingen. Maar houdt dit stilzwijgen in dat elke aanvullende verlofperiode, ongeacht de duur en de opzet ervan, gerechtvaardigd is?

47. De nationale bepalingen die in de zaak Hofmann aan de orde waren, stelden een wettelijke beschermingstermijn van slechts acht weken vast. Het aanvullende zwangerschapsverlof was beperkt tot de periode totdat het kind de leeftijd van zes maanden bereikte. In de onderhavige zaak bedraagt het vastgestelde wettelijke zwangerschapsverlof zestien weken. Het aanvullende verlof kan maar liefst twee jaar bedragen.

48. Op een bepaald analyseniveau zouden die twee verschillende kaders dus, misschien wat mechanisch, van elkaar kunnen worden onderscheiden. Een verlof van acht weken plus zes maanden (of in werkelijkheid iets minder) is iets anders dan een verlof van zestien weken plus mogelijk twee jaar. Een dergelijke benadering van de onderhavige zaak zou echter nauwelijks recht doen aan het huidige veranderde juridische en sociale landschap van de Unie.

[16] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punt 26).

[17] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punt 27).

[18] Zie bijvoorbeeld arresten van 18 maart 2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, punt 34); 19 oktober 2017, Otero Ramos (C-531/15, EU:C:2017:789, punt 61), en 12 december 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Pensioentoeslag voor moeders) (C-450/18, EU:C:2019:1075, punt 56).

[19] Arrest van 16 juni 2016, Rodríguez Sánchez (C-351/14, EU:C:2016:447, punt 44). Zie ook arresten van 14 april 2005, Commissie/Luxemburg (C-519/03, EU:C:2005:234, punt 32), en 4 oktober 2018, Dicu (C-12/17, EU:C:2018:799, punt 34).

49. Ten eerste is het arrest in de zaak Hofmann gewezen toen er helemaal nog geen sprake was van *harmonisatie op Unieniveau inzake zwangerschaps- en ouderschapsverlof*. De juridische ontwikkelingen die het Unierecht sindsdien heeft doorgemaakt op dit gebied, kunnen nauwelijks worden overschat. De ruime discretionaire bevoegdheid van de lidstaten met betrekking tot de door te voeren beschermende maatregelen in verband met zwangerschap en moederschap, die zeker een cruciale rol heeft gespeeld in de analyse van het arrest Hofmann [20], is sinds de vaststelling van richtlijn 92/85 aanzienlijk ingeperkt. Bij die richtlijn is een recht op een vóór en/of na de bevalling te nemen zwangerschapsverlof van ten minste veertien weken met een verplichte periode van twee weken ingevoerd, alsook een ontslagverbod tijdens het zwangerschapsverlof en specifieke rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, waaronder het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering. [21]

50. Die rechten zijn verder versterkt door richtlijn 2006/54, waarvan artikel 15 bepaalt: „Een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft, heeft na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak had kunnen maken."

51. Ten tweede zijn in de Uniewetgeving en de rechtspraak van het Hof aanzienlijke stappen gezet op weg naar de erkenning van de *gelijkheid van mannen en vrouwen in hun rol als ouders*.

52. Sinds de jaren negentig is in de rechtspraak van het Hof vaak herhaald dat werkende moeders en vaders zich in een vergelijkbare situatie bevinden met betrekking tot *ouderschap en de zorg voor kinderen*. [22] Deze situaties omvatten bijvoorbeeld de behoefte van mannelijke en vrouwelijke werknemers om hun dagelijkse arbeidstijd te verkorten, teneinde voor hun kinderen te kunnen zorgen [23] of om gebruik te maken van kinderopvang als zij een beroep uitoefenen [24].

53. Deze ontwikkeling in de richting van gelijkheid tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers in hun ouderlijke rol is geleidelijk versterkt door de Uniewetgever, met name door middel van de regels betreffende het recht op ouderschapsverlof. Dit recht – dat verschilt van het zwangerschapsverlof en dat zonder onderscheid door zowel mannen als vrouwen kan worden uitgeoefend – is ingevoerd bij richtlijn 96/34, onder meer om de arbeidsdeelneming van de vrouw te bevorderen [25] en mannen aan te moedigen een gelijk aandeel in de gezinstaken op zich te nemen [26]. Bovendien is het recht op ouderschapsverlof bij richtlijn 2010/18 en bij de recente richtlijn 2019/1158 geleidelijk gewijzigd om mannen aan te moedigen van deze mogelijkheid gebruik te maken. Daarbij heeft de Uniewetgever consequent en herhaaldelijk benadrukt dat de rol van mannen bij het opnemen van de ouderlijke verantwoordelijkheden moet worden

[20] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punt 27).

[21] Artikelen 8-11 van richtlijn 92/85. Zie ook, wat het recht op moederschapsuitkering voor vrouwelijke zelfstandigen betreft, artikel 8 van richtlijn 2010/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 7 juli 2010 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen en tot intrekking van richtlijn 86/613/EEG van de Raad (PB 2010, L 180, blz. 1), dat ook voorziet in een duur van ten minste veertien weken.

[22] Zoals opgemerkt in mijn conclusie in de zaak Instituto Nacional de la Seguridad Social (Pensioentoeslag voor moeders) (C-450/18, EU:C:2019:696, punten 37 en 38), onder verwijzing naar met name de arresten van 25 oktober 1988, Commissie/Frankrijk (312/86, EU:C:1988:485, punt 14); 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punt 56); 26 maart 2009, Commissie/Griekenland (C-559/07, niet gepubliceerd, EU:C:2009:198, punt 69), en 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punt 47).

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

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

[25] Algemene overweging 7 van de gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 96/34.

[26] Algemene overweging 8 van de gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 96/34.

versterkt.[27] Met de laatstgenoemde richtlijn, waarin wordt benadrukt dat het beleid inzake het evenwicht tussen werk en privéleven verschillend uitpakt voor vrouwen en mannen en daardoor genderstereotypen worden versterkt[28], is ook een recht op vaderschapsverlof van tien werkdagen ingevoerd[29].

54. Ten slotte is het fundamentele karakter van de bescherming van werknemers tijdens verlofperioden die verband houden met de geboorte van en de zorg voor hun kinderen „geconstitutionaliseerd", aangezien artikel 33, lid 2, van het Handvest bepaalt: „Teneinde beroeps- en gezinsleven te kunnen combineren, heeft eenieder recht op bescherming tegen ontslag om een reden die verband houdt met moederschap, alsmede recht op betaald moederschapsverlof en recht op ouderschapsverlof na de geboorte of de adoptie van een kind."

55. In het licht van al deze ontwikkelingen vind ik het moeilijk aan te houden dat het gros van de hierboven uiteengezette sociale wetgeving en rechtspraak van de Unie, die deels een uiting zijn van ingrijpende sociale veranderingen in Europa en deels zulke sociale veranderingen zelf teweegbrengen, niet tot doel heeft om de (traditionele) verdeling van de verantwoordelijkheid tussen de ouders enigszins te veranderen.[30] Hierbij wordt misschien niet de ene traditie vervangen door een andere, maar wordt wel getracht ouders ten minste een zekere mate van keuzevrijheid te bieden bij het nemen van dit soort beslissingen, en worden economische prikkels die bepaalde gevestigde sociale conventies in wetgeving bestendigen, zo veel mogelijk weggenomen.

56. Tegen de achtergrond van een dergelijke veranderde context, doen de logica en de geest van het arrest Hofmann, en al zeker indien dat arrest letterlijk en zonder nadere beperkingen en preciseringen wordt beschouwd, enigszins denken aan een grootvader die is uitgenodigd voor een sociaal gebeuren met zijn nakomelingen, waarbij alle gasten elkaar in principe wel leuk vinden, maar vreemd genoeg geen onderlinge band hebben en elkaar weinig te vertellen hebben.

4. Volwassenwording van het arrest Hofmann

57. Daarom ben ik van mening dat de tijd gekomen is voor een grote herziening in de vorm van een inperking van de reikwijdte van het arrest Hofmann. Zonder de kern van de Hofmann-toets ter discussie te stellen, kan niet worden volgehouden dat, indien die kern zou worden omschreven als een in enge zin uitgelegde uitzondering voor moederschap, deze toets aldus moet worden opgevat dat *elk* verlof dat na het wettelijke zwangerschapsverlof wordt toegekend, automatisch moet worden aangemerkt als een zwangerschapsverlof zelf dat de volledige uitsluiting van mannelijke werknemers rechtvaardigt.

58. De Hofmann-toets moet in twee opzichten worden verduidelijkt. In de eerste plaats moet het verband tussen de twee criteria van de toets worden uitgelegd (a). In de tweede plaats moeten nadere richtsnoeren worden verstrekt met betrekking tot de elementen waarmee de nationale rechter rekening moet houden om te bepalen of een aanvullend verlof neerkomt op een „beschermende maatregel" wat moederschap betreft, zodat het onder artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 valt (b).

[27] Zie algemene overweging 12 van richtlijn 2010/18 en de overwegingen 6 en 12 van richtlijn 2019/1158.

[28] Overweging 11.

[29] Overweging 19 en artikel 4.

[30] Vergelijk met punt 41 hierboven.

a) Twee criteria, of slechts één?

59. De Hofmann-toets is gebaseerd op de legitimiteit van het beschermingsdoel van een bepaalde maatregel. Dat doel zou tweeledig zijn. Ten eerste „heeft men de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld". Ten tweede is het even legitiem om „de bijzondere relatie tussen moeder en kind [te] willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening [te] willen voorkomen".[31]

60. Wanneer het gaat om een aanvullend zwangerschapsverlof dat langer is dan het wettelijke zwangerschapsverlof, lijkt de bescherming van de biologische gesteldheid van vrouwen aan relatief belang in te boeten, terwijl het criterium van de „bijzondere relatie tussen moeder en kind" geschikt blijkt om nagenoeg elk aanvullend verlof te rechtvaardigen dat uitsluitend aan vrouwen kan worden voorbehouden.

61. Volgens mij moet met name dit tweede element van de Hofmann-toets omzichtig worden gelezen en strikt worden toegepast, zodat het geen „self-fulfilling prophecy" wordt. Met name wanneer de uitzondering voor zwangerschap en moederschap uit hoofde van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 wordt toegepast op een verlof, geldt dat hoe langer kinderen uitsluitend bij hun moeder mogen blijven, hoe sterker die „bijzondere" relatie zal worden, wat de wettelijke uitsluiting van vaders van aanvullende verlofperioden nog verder rechtvaardigt.[32] In dit verband moeten twee andere elementen worden benadrukt.

62. Ten eerste is de „uitzondering voor moederschap" uit hoofde van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 een uitzondering. Zij moet dan ook strikt worden uitgelegd.[33] Zoals ik elders heb opgemerkt, houdt het begrip „moederschap" verband met de specifieke biologische realiteit die ervoor zorgt dat vrouwen en mannen niet vergelijkbaar zijn, en het voorwerp van deze bijzondere bescherming wordt hierdoor niet alleen ratione materiae begrensd: „moederschap" moet in enge zin worden opgevat en kan niet worden gelijkgesteld met de meer algemene begrippen „moeder-zijn" of „ouderschap".[34]

63. Ten tweede is uit de recente rechtspraak gebleken dat de twee criteria van de Hofmann-toets niet gescheiden kunnen worden gezien als twee verschillende en niet-samenhangende gevallen die de toepassing van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 rechtvaardigen. Ze gaan veeleer hand in hand. Bovendien lijkt die rechtspraak meer gewicht te geven aan het beschermingsdoel in verband met de *biologische gesteldheid* van de vrouw.

64. In het arrest Roca Álvarez is reeds aangegeven dat de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind niet zomaar mag worden aangewend als rechtvaardiging voor de toepassing van de „uitzondering voor moederschap" bij de beoordeling van maatregelen betreffende een verlof kort na de geboorte van een kind. In die zaak ging het om een verlof dat

[31] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punt 25).

[32] Zie voor een kritisch standpunt over het Hofmann-arrest, Ellis, E., en Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2e editie, Oxford University Press, Oxford, blz. 398. Voor een uiteenzetting van de academische kritiek op het arrest Hofmann dienaangaande, zie ook De la Corte-Rodríguez, M., *EU Law on Maternity and other Child Related Leaves: Impact on Gender Equality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, blz. 236

[33] Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, punt 44).

[34] Zie mijn conclusie in de zaak Instituto Nacional de la Seguridad Social (Pensioentoeslag voor moeders) (C-450/18, EU:C:2019:696, punt 48).

gedurende de eerste negen levensmaanden van een kind kon worden opgenomen – in verschillende vormen – door in loondienst werkzame moeders of vaders, maar alleen wanneer de moeder zelf ook arbeid in loondienst verricht.

65. Het Hof heeft dit laatste criterium discriminerend verklaard. Omdat dit verlof (in Spanje beter bekend als „borstvoedingsverlof"), naarmate de nationale regeling is geëvolueerd, is losgekoppeld van het biologische feit bestaande in het geven van borstvoeding, kan niet worden vastgesteld dat de maatregel de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw na haar zwangerschap verzekert. Het heeft tevens geoordeeld dat het feit dat het verlof was opengesteld voor vaders (ook al was dat onder andere voorwaarden dan voor moeders) nog niet betekent dat het verlof bedoeld was om de bijzondere relatie tussen moeder en kind te beschermen. [35]

66. Een ander voorbeeld dat aantoont dat het criterium met betrekking tot de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind niet los kan worden gezien van de bescherming van de gesteldheid van de vrouw na de geboorte, is het arrest D. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat „een werkneemster in haar hoedanigheid van wensmoeder die dankzij een draagmoederschapsovereenkomst een kind heeft gekregen, niet binnen de werkingssfeer van artikel 8 van richtlijn 92/85 [valt], ook niet wanneer zij het kind na de geboorte eventueel borstvoeding geeft of het daadwerkelijk borstvoeding geeft". [36] Daarom lijkt het recht op zwangerschapsverlof uit hoofde van richtlijn 92/85 bovenal te zijn gekoppeld aan het doel om „de gezondheid van de moeder en van het kind te beschermen in de uit de zwangerschap voortvloeiende bijzonder kwetsbare situatie" en, hoewel het Hof heeft geoordeeld dat het zwangerschaps- en bevallingsverlof er tevens toe dient de bijzondere relatie tussen moeder en kind te beschermen, „dit doel [...] enkel de periode na de ‚zwangerschap en de bevalling' [betreft]". [37]

67. Samengevat wordt dus een tweeledige verduidelijking van het arrest Hofmann voorgesteld. Ten eerste moeten de twee elementen die in het arrest Hofmann zijn vermeld, niet worden gelezen als twee onafhankelijke „criteria", maar als twee zijden van dezelfde medaille. De bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind kan, op zichzelf en los van de objectieve behoeften in verband met de biologische gesteldheid van de vrouw, geen rechtvaardiging zijn voor een verlengd verlof als aanvulling op het wettelijke zwangerschapsverlof. Ten tweede moet elk aanvullend verlof dat wordt toegekend na het wettelijke moederschapsverlof, net als elk ander beroep op de „uitzondering voor moederschap" strikt worden uitgelegd.

68. Hierbij wordt geen afbreuk gedaan aan het feit dat kleine kinderen bijzondere zorg en bescherming nodig hebben en dat er over het algemeen een bijzondere band met hun moeder bestaat. Het beginsel van gelijke behandeling vereist echter dat de wetgeving elk gezin de mogelijkheid biedt *om te kiezen* hoe de verantwoordelijkheden en de zorg voor de opvoeding van een kind worden verdeeld *na afloop van het zwangerschapsverlof*. Met andere woorden, „het is

[35] Hieraan kan worden toegevoegd dat het door de Spaanse regering in die zaak ingenomen standpunt, dat alleen de moeder houdster was van het recht op het verlof en dat de vader slechts gebruik kon maken van dat recht (zonder zelf houder van dat recht te zijn), eveneens door het Hof is verworpen. Het Hof heeft verklaard dat een dergelijk argument kon leiden tot de bestendiging van een traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen, aangezien daarbij mannen bij de uitoefening van het ouderschap een ondergeschikte rol aan die van vrouwen blijven spelen. Arrest van 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punten 29-31 en 36).

[36] Arrest van 18 maart 2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, punt 40). De filosofie die aan dat arrest ten grondslag ligt, lijkt af te wijken van oudere arresten, waarbij aan de voorwaarde van het vrouw-zijn een bijzonder gewicht werd toegekend. Zie in een andere context arrest van 26 oktober 1983, Commissie/Italië (163/82, EU:C:1983:295, punt 16).

[37] Arrest van 18 maart 2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, punten 35 en 36).

mogelijk dat de wetgeving een moeder en kind beschermt, en tegelijkertijd onderkent dat de zorg door de moeder in de postnatale periode na bepaalde tijd kan en moet evolueren naar eenvoudige opvoedingszorg door de ene of de andere ouder”. [38]

b) Te overwegen elementen

69. Het doel om de biologische gesteldheid van vrouwen en de bijzondere relatie tussen moeder en kind te beschermen, zoals uitgelegd in het vorige deel van deze conclusie, blijft dus het uitgangspunt. Welke elementen moeten er dan in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of een maatregel inderdaad een beschermende maatregel is die werkelijk verband houdt met dat doel?

70. Wanneer een nationale rechter onderzoekt of een aanvullend verlof dat na de geboorte van een kind is toegekend, mag worden voorbehouden aan vrouwen op grond van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54, moet hij verder kijken dan de loutere benaming. Niet elk aanvullend verlof dat onder de noemer „verlengd zwangerschapsverlof” valt, kan op legitieme wijze uitsluitend aan vrouwen worden voorbehouden, door zich in het algemeen te beroepen op de bijzondere band tussen moeder en kind. De nationale rechter moet dus rekening houden met alle objectieve elementen van een dergelijk aanvullend verlof, met name met betrekking tot i) de voorwaarden voor het recht op het verlof, ii) de duur van het verlof en de wijze waarop het wordt opgenomen, en iii) de aan dat verlof verbonden rechtsbescherming.

71. Ten eerste, wat betreft de *voorwaarden voor het recht*, zal de nationale rechter in dit kader mogelijk rekening houden met bijvoorbeeld het feit of het verlof wordt toegekend zonder voorafgaande eisen inzake tijdvakken van arbeid; of het verlof standaard wordt toegekend aan alle vrouwen dan wel of het vooraf moet worden aangevraagd door melding aan de werkgever en moet worden goedgekeurd; dan wel of er verdere voorwaarden gelden in verband met verplichtingen inzake werkhervatting. Dergelijke voorwaarden brengen overwegingen met zich mee die geen verband houden met het beschermingsdoel van het aanvullend verlof. Zij doen vermoeden dat het aanvullende verlof niet per se verband houdt met het doel om de biologische gesteldheid van de vrouw en de bijzondere relatie tussen moeder en kind te beschermen, aangezien de niet-vervulling van dergelijke voorwaarden ertoe kan leiden dat vrouwen, wier biologische gesteldheid en bijzondere relatie met hun kind evenzeer bescherming verdienen, de mogelijkheid wordt ontnomen om het verlof op te nemen.

72. Ten tweede, wat betreft *de duur van het verlof en de wijze waarop het wordt opgenomen*, zijn er enkele criteria die in aanmerking kunnen worden genomen, bijvoorbeeld de flexibiliteit waarmee het verlof kan worden opgenomen (na een periode van werkhervatting of op deeltijdbasis) of de mogelijkheid om te kiezen voor verlofperioden van verschillende duur. Dergelijke flexibiliteitsmogelijkheden zouden met name wijzen op een geringer verband met het hierboven genoemde doel, net zoals dat het geval zou zijn voor een relatieve duur van het verlof die aanzienlijk langer is dan de algemeen geldende wettelijke duur van het zwangerschapsverlof.

73. Het belangrijkste element in dit kader is uiteraard de duur zelf. De Uniewetgever heeft erkend dat de lidstaten een beoordelingsmarge genieten bij de bepaling van de duur van het zwangerschapsverlof. Volgens artikel 8 van richtlijn 92/85 bedraagt het vóór en/of na de bevalling toe te kennen zwangerschapsverlof *ten minste* veertien weken. Zoals de Franse regering

[38] O’Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2002, blz. 219.

terecht heeft opgemerkt, belet het feit dat de wetgeving vrouwen een zwangerschapsverlof van meer dan veertien weken toekent, niet dat dit verlof niettemin kan worden beschouwd als zwangerschapsverlof in de zin van artikel 8 van richtlijn 92/85.[39] Op grond daarvan heeft het Hof vastgesteld dat perioden die de verplichte veertien weken overschrijden, zoals de periode van zestien weken in Spanje die in de zaak Betriu Montull aan de orde was, ook „bedoeld [zijn] om de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap te beschermen".[40]

74. Het staat natuurlijk niet aan het Hof om een vast aantal weken of maanden vast te stellen. De kwestie van de duur van het zwangerschapsverlof is immers een complexe beleidskwestie ten aanzien waarvan enorme nationale verschillen bestaan[41] en waarvan zelfs de instellingen van de Unie een periode van veertien weken te kort vonden[42]. Dat mag echter niet betekenen dat elk verlof kan worden voorbehouden aan moeders, met uitsluiting van vaders, louter op basis van de bijzondere relatie tussen moeder en kind, wanneer de objectieve behoefte aan biologische bescherming van de vrouw niet langer bestaat. Als vuistregel geldt dus dat hoe langer de duur is, hoe moeilijker het zal zijn om te rechtvaardigen dat de toegang tot dat aanvullende verlof alleen aan vrouwen is voorbehouden.

75. Ten derde, wat betreft de aan het verlof verbonden *rechtsbescherming*, rijst in wezen de vraag of deze bescherming overeenkomt met de door het Unierecht gegarandeerde minimumbescherming tijdens het wettelijke zwangerschapsverlof.

76. De maatregelen die onder artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 vallen, moeten immers dwingend „bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen" zijn. In dat verband merk ik op dat de bescherming van vrouwen door middel van zwangerschapsverlof het voorwerp van de harmonisatie in de richtlijnen 92/85 en 2006/54 is geweest.[43] Ongeacht de beoordelingsmarge van de lidstaten om in een langer zwangerschapsverlof te voorzien, mag dit langer verlof dus alleen aan vrouwen worden voorbehouden op grond van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54, indien de rechten die gedurende dit verlof aan vrouwen worden toegekend in overeenstemming zijn met de minimumbescherming die door het Unierecht op het gebied van zwangerschapsverlof wordt vereist, mede gelet op de hierboven uiteengezette elementen.

77. Zwangerschapsverlof wordt immers geenszins als een gewone uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling beschouwd, maar wordt erkend als een recht en wordt derhalve beschouwd als een element van wezenlijke gelijkheid. Daartoe stelt richtlijn 92/85 (samen met artikel 15 van richtlijn 2006/54) minimumeisen vast waaraan een maatregel, zoals een zwangerschapsverlof, moet voldoen om als een dergelijke „beschermende maatregel" te kunnen worden beschouwd.

78. Zo kan een aanvullend verlof dat langer is dan het wettelijke zwangerschapsverlof, maar deze minimumbescherming niet waarborgt, nauwelijks worden beschouwd als een „beschermende maatregel" wat moederschap betreft. Integendeel, een verlengd verlof dat uitsluitend is

[39] Arrest van 16 juni 2016, Rodríguez Sánchez (C-351/14, EU:C:2016:447, punt 46), onder verwijzing naar het arrest van 19 september 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, punten 45 en 46).

[40] Arrest van 19 september 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, punten 63 en 64). Zie echter de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:230, punten 71 en 72).

[41] Zie ter illustratie bijvoorbeeld Koslowski, A., Blum, S., Dobrotić, I., Macht, A., en Moss, P., (2019) *International Review of Leave Policies and Related Research 2019*. Beschikbaar op: https://www.leavenetwork.org/annual-review-reports/.

[42] Zie bijvoorbeeld het (opgegeven) voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 92/85/EEG van de Raad [COM(2008)600/4], waarin de Commissie had voorgesteld de minimumduur van het zwangerschapsverlof te verlengen van veertien tot achttien weken.

[43] Met de aan dat verlof verbonden rechten die hierboven in de punten 49 en 50 van deze conclusie zijn uiteengezet.

voorbehouden aan vrouwen en dat niet gepaard gaat met het recht op behoud van een bezoldiging of een adequate uitkering, of dat geen bescherming tegen ontslag verleent of geen garantie biedt op terugkeer naar een soortgelijke functie als die welke vóór het verlof werd uitgeoefend, zou ontegenzeggelijk een dubbele belasting voor vrouwen opleveren. Ten eerste kunnen moeders, aangezien alleen zij in aanmerking komen voor een dergelijk verlof – dat over het algemeen gunstigere voorwaarden biedt dan het ouderschapsverlof dat eventueel ter beschikking staat van vaders –, zich gedwongen voelen om de hervatting van hun werk verder uit te stellen. Ten tweede leidt een verlengd verlof zonder de bovengenoemde minimumwaarborgen niet alleen tot een verslechtering van de financiële situatie van vrouwelijke werknemers, maar brengt het ook hun rechten en bescherming bij terugkeer naar de arbeidsmarkt in gevaar, waardoor inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling.

79. Ten slotte, en afgezien van de discussie over artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54, kan artikel 3 van die richtlijn, dat overeenkomstig artikel 157, lid 4, VWEU de lidstaten toestaat maatregelen voor positieve actie vast te stellen, niet tot een andere conclusie leiden. Er hoeft alleen maar te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Hof in soortgelijke zaken: het voorbehouden van een verlengd verlof aan vrouwen teneinde hen in staat te stellen hun kinderen op te voeden (zelfs zonder de bijzondere relatie tussen moeder en kind te verloochenen), waarborgt geen volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven, maar bestendigt veeleer een traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen, waarbij mannen bij de uitoefening van het ouderschap een ondergeschikte rol in vergelijking met die van vrouwen blijven spelen. [44]

80. Kortom, een aanvullend verlof kan pas onder artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 vallen indien het werkelijk verband houdt met het gemeenschappelijke doel om beschermende maatregelen vast te stellen met betrekking tot de biologische gesteldheid van de vrouw na de geboorte en haar bijzondere relatie met het kind, waarbij naar behoren rekening moet worden gehouden met onder meer i) de voorwaarden voor het recht op verlof, ii) de duur van het verlof en de wijze waarop het wordt opgenomen, en iii) de aan dat verlof verbonden rechtsbescherming.

5. Onderhavige zaak

81. De Franse regering en de CPAM hebben op basis van de bevindingen van het Hof in het arrest Hofmann [45] aangevoerd dat artikel 46 CCN onder de uitzondering van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 valt. De Franse regering stelt met name dat het in artikel 46 CCN bedoelde verlof door de sociale partners is opgezet als een aanvullend zwangerschapsverlof en niet als een verlof dat bedoeld is om de opvoeding van kinderen te waarborgen en dat door beide ouders kan worden opgenomen.

82. In de eerste plaats vloeit dit voort uit de formulering van artikel 46 CCN, dat is bedoeld als de verlenging van het in artikel 45 CCN geregelde zwangerschapsverlof. De Franse regering voert aan dat zowel artikel 45 als artikel 46 CCN kan worden beschouwd als één enkel verlof van langere duur dat gunstiger is voor vrouwelijke werknemers, en dat in overeenstemming is met de vereisten van richtlijn 92/85. Uit de complementaire aard van de twee verlofperioden kan worden afgeleid dat de sociale partners de biologische gesteldheid van vrouwen in de periode na de

[44] Zie in die zin arresten van 19 maart 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punt 41); 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punt 36), en 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punt 50).

[45] Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

zwangerschap wilden beschermen voor een langere duur dan het wettelijke verlof, teneinde hen in staat te stellen weer aan het werk te gaan zodra hun situatie van kwetsbaarheid definitief ophoudt te bestaan.

83. In de tweede plaats stelt de Franse regering dat de bepalingen van de CCN een duidelijk onderscheid maken tussen de verschillende soorten verlof (zwangerschap, vaderschap, adoptie) en dat artikel 46 deel uitmaakt van een hoofdstuk met het opschrift „zwangerschapsverlof". Bovendien benadrukt deze regering dat deze conclusie is bevestigd door een arrest van de Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk). [46] In dat arrest is geoordeeld dat het verlof als bedoeld in artikel 46 CCN tot doel heeft de bijzondere relatie tussen moeder en kind gedurende de periode na de zwangerschap en de geboorte te beschermen.

84. In de derde plaats merkt de Franse regering nog op dat het Hof in de zaak Thibault, dat weliswaar een andere context betrof, dit verlof reeds heeft aangemerkt als zwangerschapsverlof. [47]

85. De CFTC, de Portugese regering en de Commissie hebben daarentegen in wezen aangevoerd dat richtlijn 2006/54 aldus moet worden uitgelegd dat een bepaling als artikel 46 CCN discriminerend is.

86. De CFTC betoogt met name dat artikel 46 CCN geen verband houdt met fysiologische overwegingen met betrekking tot de moeder, in tegenstelling tot artikel 45 CCN, waarin wordt verwezen naar de zestien weken wettelijk zwangerschapsverlof. De CFTC voert aan dat het verlof als bedoeld in artikel 46 CCN veeleer tot doel heeft de moeder in staat te stellen het kind op te voeden. Bovendien benadrukt de CFTC dat artikel 46 CCN voorziet in drie maanden verlof met behoud van het volledige salaris zolang de moeder zelf het kind opvoedt of zolang haar partner geen inkomsten heeft. Deze overwegingen houden evenmin verband met de fysiologische gesteldheid van vrouwen. De CFTC is derhalve van mening dat de toepassing van artikel 46 CCN door de CPAM neerkomt op discriminatie, aangezien mannelijke en vrouwelijke werknemers, vaders of moeders in dezelfde mate verantwoordelijk zijn voor de opvoeding van hun kinderen. [48]

87. Volgens de Commissie komt het in artikel 46 CCN geregelde verlof overeen met ouderschapsverlof. Zij heeft er bovendien op gewezen dat bepalingen die ouderschapsverlof voorbehouden aan vrouwen, een dubbel pervers effect hebben. Enerzijds leggen ze de last op vrouwen om hun loopbaan voor lange tijd te onderbreken om voor hun kinderen te zorgen, met de welbekende gevolgen (tragere professionele vooruitgang, lagere salarissen en bijgevolg lagere pensioenrechten). Anderzijds verhinderen ze vaders een rol te spelen in de opvoeding van hun kinderen, waardoor de traditionele rollen worden bestendigd.

88. Indien het Hof de in deze conclusie voorgestelde benadering zou volgen, zou het aan de verwijzende rechter staan om de analyse uit te voeren met betrekking tot de in de punten 69 tot en met 80 van deze conclusie uiteengezette criteria, teneinde te beoordelen of het betrokken aanvullende verlof werkelijk verband houdt met het doel om beschermende maatregelen vast te

[46] Arrest van 21 september 2017, nr. 16-16246 (ECLI:FR:CCASS:2017:SO01962).

[47] Arrest van 30 april 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, punt 12).

[48] Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat de CFTC ook heeft aangevoerd dat artikel 46 CCN discriminatie op grond van afstamming oplevert in vergelijking met artikel 46 bis CCN, dat een met het verlof van artikel 46 vergelijkbaar verlof toekent aan zowel vaders als moeders van adoptiekinderen. Het adoptiekind kan dus het voordeel genieten van de aanwezigheid van zijn vader of zijn moeder, terwijl het wettige of natuurlijke kind niet het voordeel kan genieten van de aanwezigheid van zijn vader. Gezien de feitelijke reikwijdte van deze zaak en de bovenstaande analyse met betrekking tot richtlijn 2006/54 acht ik het echter niet nodig om in te gaan op dit specifieke punt.

stellen met betrekking tot de biologische gesteldheid van de vrouw na de geboorte en haar bijzondere relatie met het kind, waardoor het (volledig) onder de uitzondering van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 valt.

89. Wat betreft de argumenten die in het kader van de onderhavige procedure voor het Hof zijn aangevoerd, wil ik slechts het volgende opmerken.

90. In de eerste plaats leggen de door de Franse regering en de CPAM aangevoerde tekstuele en nogal formele argumenten, waarbij zij wijzen op het feit dat het hoofdstuk van de collectieve overeenkomst waarin artikel 45 en artikel 46 CCN zijn opgenomen, het opschrift „zwangerschapsverlof" heeft en op het verband dat tussen deze bepalingen bestaat, weinig gewicht in de schaal in het licht van het Unierecht. Het gehele onderzoek betreft de inhoud, niet de formele benamingen. Gesteld dat een dergelijk argument relevant is, zou het volstaan dat een rechtsinstrument of een collectieve overeenkomst elke vorm van verlof eenvoudigweg als zwangerschapsverlof bestempelt om onder artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 te vallen, waardoor de in de jaren vijftig gemaakte sociale keuzes nagenoeg onaantastbaar worden.

91. In de tweede plaats heeft het argument van de Franse regering, waarbij zij het arrest Thibault aanhaalt als bevestiging dat het Hof artikel 46 CCN reeds als zwangerschapsverlof heeft aangemerkt, nog minder om het lijf. Het desbetreffende punt van het door de Franse regering aangehaalde arrest heeft betrekking op de in het arrest beschreven feiten, niet op de juridische redenering en beoordeling van het Hof.[49] Aangezien de rechtsvragen waarop het arrest van het Hof betrekking had, verschillend waren en het Hof zich niet heeft gebogen over de aard van artikel 46 CCN, voegt een dergelijke aanhaling bovendien niets toe in het kader van de onderhavige zaak.[50]

92. In de derde en laatste plaats kan met betrekking tot de in het vorige deel uiteengezette criteria op basis van de beperkte informatie waarover dit Hof beschikt, worden opgemerkt dat artikel 46 CCN, in zijn geheel beschouwd, voorziet in een aanvullend verlof waarvan de duur nogal varieert. Het verlof kan variëren van anderhalve maand tot één jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met nog eens een jaar. Deze bepaling voorziet dus in een verlof dat, in zijn meer langdurige vorm, aanzienlijk langer is dan het wettelijke verlof zoals vastgesteld in artikel L. 1225-17 van de code du travail, waarnaar artikel 45 CCN verwijst. Bovendien is het recht om terug te keren naar haar vorige functie weliswaar gegarandeerd gedurende het eerste jaar van het verlengde verlof, maar het volledige salaris wordt slechts gedurende de eerste anderhalve maand gegarandeerd, met de mogelijkheid dat het volledige salaris gedurende drie maanden wordt behouden, afhankelijk van het feit of de moeder alleenstaand is dan wel of haar partner inkomsten heeft.

[49] Arrest van 30 april 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, punt 12). Het betrokken punt luidt: „Vervolgens genoot [Thibault] overeenkomstig artikel 45 van de collectieve overeenkomst zwangerschapsverlof van 13 juni tot en met 1 oktober 1983 en daarna overeenkomstig artikel 46 van de overeenkomst zwangerschapsverlof met behoud van de helft van haar loon van 3 oktober tot en met 16 november 1983." De zaak betrof het recht van de werknemers om hun prestaties elk jaar te laten beoordelen om in aanmerking te komen voor bevordering op grond van het nationale recht, hetgeen aan Thibault was geweigerd wegens de periode waarin zij met zwangerschapsverlof was op grond van de artikelen 45 en 46 CCN. Bovendien had artikel 46 CCN, zoals aangehaald in punt 7 van dat arrest, slechts betrekking op „een verlof van drie maanden met behoud van de helft van het loon, of een verlof van anderhalve maand met behoud van het volledige loon".

[50] Het argument van de Franse regering zou daarentegen beter gediend zijn met een verwijzing naar punt 21 van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Thibault (C-136/95, EU:C:1997:2), die terloops en onder verwijzing naar het arrest Hofmann heeft opgemerkt dat het zwangerschapsverlof in het kader van de Franse collectieve arbeidsovereenkomst inderdaad is opgesplitst in zowel artikel 45 als artikel 46 CCN. De advocaat-generaal heeft echter ook opgemerkt dat die zaak inderdaad een andere kwestie betrof, waarop hij vervolgens is ingegaan.

93. Deze elementen wijzen erop dat artikel 46 CCN, in zijn geheel beschouwd en in het licht van met name de wijze waarop het verlof kan worden opgenomen, de vrij lange periode waarmee het kan worden verlengd, en de beperkte rechtsbescherming die eraan verbonden is, op enige moeilijkheden zou kunnen stuiten om onder de „uitzondering voor moederschap" van artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 te vallen. Maar die beoordeling staat uiteindelijk aan de nationale rechter.

V. Conclusie

94. Ik geef het Hof in overweging de vraag van de conseil de prud'hommes de Metz te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, moet aldus worden uitgelegd dat een aanvullend verlof dat na het wettelijke zwangerschapsverlof wordt toegekend en dat volgens het nationale recht alleen aan vrouwelijke werknemers is voorbehouden, alleen onder artikel 28, lid 1, van richtlijn 2006/54 kan vallen indien het werkelijk verband houdt met het gemeenschappelijke doel om beschermende maatregelen vast te stellen met betrekking tot de biologische gesteldheid van de vrouw na de geboorte en haar bijzondere relatie met het kind, waarbij naar behoren rekening moet worden gehouden met onder meer de voorwaarden voor het recht op verlof, de duur van het verlof en de wijze waarop het wordt opgenomen, en de aan dat verlof verbonden rechtsbescherming."