CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 5 februari 1998 *

Inhoudsoverzicht

I — Het geding voor de nationale rechterlijke instanties ..... I - 4188

II — De prejudiciële vragen ..... I - 4190

III — De gemeenschapswetgeving ..... I - 4191

IV — De nationale wettelijke regeling ..... I - 4192

V — De bij het Hof ingediende opmerkingen ..... I - 4195

VI — Onderzoek van de prejudiciële vragen ..... I - 4197

A — Inleidende opmerkingen ..... I - 4197

B — De rechtspraak van het Hof betreffende de toepassing van de in richtlijn 76/207 geregelde rechten van werknemers op werkneemsters tijdens de zwangerschap of na de bevalling ..... I - 4201

1) De arresten Dekker en Hertz, waarin het Hof oordeelde dat het discriminerend was te weigeren een zwangere vrouw in dienst te nemen, maar dat het niet discriminerend was een vrouw te ontslaan wegens een na afloop van haar zwangerschapsverlof ingetreden arbeidsongeschiktheid, zelfs al was de ziekte veroorzaakt door de bevalling ..... I - 4201

2) Het arrest Habermann-Beltermann, waarin het Hof de nietigverklaring of opzegging van een arbeidsovereenkomst wegens het wettelijk verbod van nachtarbeid voor zwangere vrouwen als discriminerend aanmerkte . I - 4207

3) Het arrest Webb, waarin het Hof oordeelde dat de situatie van een zwangere vrouw die niet in staat is de taak te vervullen waarvoor zij in dienst is genomen, niet kan worden vergeleken met die van een man die om medische of andere redenen daartoe evenmin in staat is ..... I - 4208

4) Het arrest Larsson, waarin het Hof lijkt te hebben geoordeeld, dat het niet discriminerend is om in verband met ontslag rekening te houden met de door zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van een vrouw vóór het begin van het zwangerschapsverlof ..... I - 4209

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

C — De eerste prejudiciële vraag van het House of Lords: ontslag van een zwangere vrouw wegens een door de zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid ..... I - 4213

D — De tweede prejudiciële vraag van het House of Lords: ontslag van een zwangere vrouw in het tijdvak gedurende hetwelk zij, indien zij aan de in nationale wettelijke regeling geformuleerde voorwaarden had voldaan, afwezig had mogen zijn van haar werk wegens zwangerschap en bevalling . I - 4219

VII — Conclusie ..... I - 4222

1. Is het met het gemeenschapsrecht en, meer bepaald, met de bepalingen van richtlijn 76/207/EEG [1] (hierna: „richtlijn 76/207") in strijd, dat een werkgever een zwangere werkneemster ontslaat wegens een door haar zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid die langer heeft geduurd dan de afwezigheidsperiode die volgens een in de arbeidsovereenkomst opgenomen clausule aanleiding vormt om een werknemer te ontslaan wegens ziekte? Dit is, grof gezegd, de prejudiciële vraag die het House of Lords in deze zaak aan het Hof heeft voorgelegd.

I — Het geding voor de nationale rechterlijke instanties

2. Blijkens de verwijzingsbeschikking liggen de feiten in deze zaak als volgt: mevrouw Brown, verzoekster in het hoofdgeding (hierna: „verzoekster"), was als chauffeur in dienst bij Rentokil Limited, thans Rentokil Initial UK Limited, verweerster in dat geding (hierna: „Rentokil" of „verweerster"). Haar werkzaamheden bestonden voornamelijk in het vervoer en het verwisselen van Sanitactbakken in winkels en andere centra. Zij werd zwanger en stelde haar werkgever daarvan in kennis in augustus 1990.

Vervolgens deden zich door een aantal met elkaar samenhangende oorzaken, die in de stukken niet nader worden gepreciseerd, complicaties voor in de zwangerschap. Vanaf 16 augustus 1990 diende verzoekster achtereenvolgens ziekteverklaringen is met telkens een duur van vier weken, die de volgende diagnosen vermeldden: „symptomen van zwangerschap", „bloedverlies tijdens zwangerschap" en „door zwangerschap veroorzaakte rugpijn". Vanaf die datum, en tot aan haar ontslag, was verzoekster arbeidsongeschikt.

3. Rentokil had in de arbeidsovereenkomsten van haar personeelsleden een clausule opgenomen volgens welke een werknemer, man of vrouw, die meer dan 26 weken ononderbroken arbeidsongeschikt was, zou worden ontslagen. Op 9 november 1990 had verzoekster een gesprek met twee leidinggevenden van het bedrijf, die haar erop wezen dat die periode voor de helft was verstreken, en haar eraan herinnerden, dat haar

1 — Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40).

arbeidsovereenkomst op 8 februari 1991 zou eindigen, tenzij zij vóór die datum, na een onafhankelijk medisch onderzoek waaruit haar geschiktheid om te werken zou blijken, haar werk zou hervatten. Een en ander werd haar bij brief van dezelfde datum bevestigd.

Verzoekster hervatte na deze brief haar arbeid niet. Partijen zijn het erover eens, dat er nooit sprake van is geweest dat zij vóór het verstrijken van de periode van 26 weken haar werk kon hervatten.

4. Overeenkomstig voormelde clausule werd verzoekster bij brief van 30 januari 1991 tijdens haar zwangerschap per 8 februari 1991 ontslagen. Zij beviel op 22 maart 1991.

5. In de verwijzingsbeschikking wordt verklaard, dat indien wordt aangenomen dat 22 maart 1991 tevens de vermoedelijke datum van de bevalling was, verzoekster, indien zij op 30 december 1990 twee jaar in dienst was geweest, recht zou hebben gehad op afwezigheid van haar werk wegens zwangerschap vanaf het begin van de elfde week voorafgaand aan de bevalling [2], en haar werk te allen tijde gedurende de 29 weken na de bevalling zou hebben mogen hervatten (right to return to work). Omdat zij niet lang genoeg in dienst was geweest, had zij deze rechten niet. Indien zij niet was ontslagen, zou zij wel recht hebben gehad op een moederschapsuitkering ten laste van haar werkgever.

6. Het Industrial Tribunal wees het beroep dat verzoekster wegens het beweerde bestaan van discriminatie op grond van geslacht tegen haar ontslag had ingesteld, af met de overweging: „Het is duidelijk dat indien, zoals in casu het geval is, een afwezigheid wegens een ziekte die verband houdt met zwangerschap, maar die is aangevangen lang voordat de wettelijke bepalingen betreffende moederschap toepasselijk worden en daarna ononderbroken heeft voortgeduurd, wordt gevolgd door ontslag, dit ontslag niet valt onder de categorie van ontslagen die automatisch discriminerend moeten worden geacht op grond dat zij het gevolg zijn van de zwangerschap."

7. Het Employment Appeal Tribunal verwierp bij uitspraak van 23 maart 1992 verzoeksters hoger beroep. Deze rechterlijke instantie achtte zich gebonden aan de uitspraak die de Court of Appeal in 1992 had gedaan in de zaak Webb/EMO Air Cargo UK Limited, en verklaarde dat de rechter in eerste aanleg bij de toenmalige stand van het recht tot de juiste conclusie was gekomen.

8. Lord Allanbridge, die de beslissing van de Court of Session, Extra Division, van 18 januari 1995 uitsprak, verklaarde dat de

2 — Ingevolge Section 33 van de Employment Protection (Consolidation) Act 1978.

voorlopige conclusie was, dat in het geval van verzoekster Brown geen sprake was van discriminatie in de zin van de Sex Discrimination Act 1975. Hij gaf voorts te kennen, dat het duidelijke onderscheid dat het Hof van Justitie in het arrest Hertz [3] had gemaakt tussen zwangerschap en ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap, van toepassing was op het door verzoekster ingestelde beroep. Bijgevolg kon het beroep van verzoekster, wier afwezigheid het gevolg was van een ziekte en die in februari 1991 wegens die ziekte was ontslagen, de relevante feiten in aanmerking genomen, niet slagen.

II — De prejudiciële vragen

9. Met het oog op de oplossing van het geschil, waarvan het kennis heeft genomen omdat tegen de uitspraak van 18 januari 1995 hoger beroep is ingesteld, heeft het House of Lords, de stellingen van partijen gehoord, het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) a) Is het ontslag van een werkneemster op enig tijdstip gedurende haar zwangerschap, op grond van afwezigheid wegens uit die zwangerschap voortvloeiende ziekte, in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad (hierna: ‚richtlijn gelijke behandeling')?

b) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 a) verschil, dat de werkneemster werd ontslagen krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht had werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan?

2) a) Is het ontslag van een werkneemster op grond van afwezigheid wegens uit zwangerschap voortvloeiende ziekte in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van de richtlijn gelijke behandeling, indien de werkneemster, omdat zij niet gedurende het naar nationaal recht vereiste tijdvak tewerkgesteld is geweest, niet gedurende het naar nationaal recht vastgestelde tijdvak afwezig mag zijn wegens zwangerschap of bevalling, ingeval het ontslag in dat tijdvak wordt gegeven?

b) Maakt het voor de beantwoording van vraag 2 a) verschil, dat de werkneemster werd ontslagen krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht had werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan?"

3 — Arrest van 8 november 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, „Hertz" (C-179/88, Jurispr. blz. I-3979).

III — De gemeenschapswetgeving

De gemeenschapsbepalingen die met het oog op de oplossing van dit geschil uitlegging behoeven, zijn alle vervat in richtlijn 76/207. Het betreft hier artikel 2, leden 1 en 3, en artikel 5, leden 1 en 2. Deze bepalingen luiden als volgt:

„Artikel 2

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

2. (...)

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

„Artikel 5

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

2. Te dien einde nemen de lidstaten de nodige maatregelen om te bereiken dat:

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

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

c) (...)"

10. Op 19 oktober 1992 stelde de Raad richtlijn 92/85/EEG [4] vast, bedoeld ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (hierna: „richtlijn 92/85"). Ingevolge deze richtlijn dienen de lidstaten vóór 19 oktober 1994 onder meer de nodige maatregelen te nemen opdat werkneemsters recht hebben op een vóór en/of na de bevalling te nemen zwangerschapsverlof van ten minste veertien aaneengesloten weken, waarvan twee weken verplicht moeten zijn. De richtlijn behelst ook een ontslagverbod voor zwangere werkneemsters:

„Artikel 10

(...)

1) de lidstaten nemen de nodige maatregelen om ontslag van werkneemsters (...) [tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie] te verbieden gedurende de periode vanaf het begin van hun zwangerschap tot het einde van het (...) zwangerschapsverlof, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met hun toestand en overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken zijn toegestaan en, in voorkomend geval, voor zover de bevoegde instantie hiermee heeft ingestemd.

(...)"

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

11. Aangezien verzoekster echter aan het begin van 1991 werd ontslagen, zou uitlegging van deze bepalingen geen zin hebben.

IV — De nationale wettelijke regeling

12. De op het hoofdgeding toepasselijke nationale bepalingen zijn vervat in de Sex Discrimination Act 1975 (hierna: „Act van 1975"), de Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (hierna: „Act van 1978") en de Social Security Act 1986 (hierna: „Act van 1986").

De Sections 1 en 5 van de Act van 1975 bepalen, dat er voor de toepassing van deze wet sprake is van discriminatie van een vrouw, indien zij op grond van haar geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een man. De vergelijking tussen personen van verschillend geslacht of verschillende echtelijke staat moet aldus worden gemaakt, dat de omstandigheden in het ene geval dezelfde zijn, althans niet wezenlijk verschillen van die in het andere geval.

Wat de met zwangerschap en moederschap verband houdende rechten betreft, bepaalde

de Act van 1978 ten tijde van verzoeksters ontslag, dat een vrouwelijke werknemer die wegens zwangerschap of bevalling afwezig is van haar werk, het recht heeft haar werk te hervatten, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

— zij is aan het begin van de elfde week voorafgaand aan de vermoedelijke bevallingsdatum nog tewerkgesteld, ongeacht of zij op dat tijdstip nog aan het werk is;

— zij is aan het begin van deze elfde week gedurende minstens twee jaar tewerkgesteld geweest;

— zij deelt haar werkgever ten minste 21 dagen alvorens te stoppen met werken schriftelijk mee:

— dat haar afwezigheid verband zal houden met zwangerschap of bevalling;

— dat zij voornemens is haar werk te hervatten;

— voor welke week zij is uitgerekend of, indien zij reeds is bevallen, wat de datum van de bevalling is;

— zij legt, indien de werkgever daarom verzoekt, een doktersverklaring over waarin de vermoedelijke week van de bevalling staat aangegeven.

Ten aanzien van ontslag bepaalde de Act van 1978 ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, dat een vrouwelijke werknemer moest worden geacht onwettig te zijn ontslagen, indien de directe of indirecte reden voor haar ontslag haar zwangerschap was, tenzij zij op de feitelijke ontslagdatum wegens haar zwangerschap niet in staat was haar werk naar behoren te verrichten, of indien zij, om dezelfde reden, na die datum haar werk niet kon blijven doen zonder dat zij, of haar werkgever, in strijd handelde met een door een normatieve bepaling opgelegde verplichting of beperking. De nationale rechter wijst erop, dat verzoekster, om in aanmerking te komen voor bescherming tegen een onwettig ontslag, op het relevante tijdstip twee jaar ononderbroken in dienst had moeten zijn geweest, een voorwaarde waaraan zij niet voldeed.

De wijzigingen die nadien in de op onwettig ontslag betrekking hebbende bepalingen van de Act van 1978 zijn aangebracht teneinde de bepalingen van richtlijn 92/85 te incorporeren, zijn op 10 juni 1994 van kracht geworden.

De Act van 1986 ten slotte bepaalt, voor zover hier relevant, dat een vrouwelijke werknemer recht heeft op een moederschapsuitkering ten laste van haar werkgever, indien zij aan de volgende voorwaarden voldoet:

— zij is aan het begin van de veertiende week vóór de vermoedelijke datum van de bevalling ononderbroken gedurende een periode van minstens 26 weken in dienst van de werkgever geweest, doch is wegens zwangerschap of bevalling geheel of gedeeltelijk met werken gestopt;

— zij heeft gedurende de acht weken voorafgaand aan de veertiende week vóór de vermoedelijke datum van de bevalling een weeksalaris ontvangen dat niet lager is dan het vóór het begin van die veertiende week geldende minimumloon;

— zij heeft het begin van de elfde week voorafgaand aan de vermoedelijke datum van de bevalling bereikt of is vóór dat tijdstip bevallen;

— zij heeft haar werkgever ervan in kennis gesteld, dat zij wegens haar zwangerschap of bevalling stopt met werken.

De moederschapsuitkering wordt betaald gedurende een periode van maximaal achttien weken, die in de regel elf weken vóór de vermoedelijke bevallingsdatum ingaat, doch uiterlijk zes weken vóór die datum. Er zijn twee soorten uitkeringen, aangeduid als het hogere respectievelijk het lagere tarief. Het hogere tarief komt overeen met negen tiende van het normale weeksalaris van de vrouw gedurende de periode van acht weken voorafgaand aan de veertiende week vóór de vermoedelijke bevallingsdatum. Het lagere tarief, een vast bedrag, wordt toegepast wanneer het hoger blijkt te zijn dan het hogere tarief. Een vrouw die aan het begin van de veertiende week voorafgaand aan de vermoedelijke bevallingsdatum ononderbroken gedurende minstens twee jaar heeft gewerkt voor een werkgever die verplicht is de uitkering aan haar te betalen, zal gedurende de eerste zes weken het hogere tarief ontvangen en gedurende de resterende periode het lagere. Een vrouw die met haar werkgever een dienstverband voor minder dan zestien uur per week is aangegaan, heeft geen recht op het hogere tarief. Een vrouw die wel recht heeft op een moederschapsuitkering, doch geen aanspraak kan maken op het hogere tarief, zal het lagere tarief ontvangen.

Volgens het dossier bedroeg het lagere tarief van de moederschapsuitkering in 1996 54,55 UKL per week. [5]

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, artikelen 1(2)(c) en 10, met ingang van 7 april 1996. Daarvóór was het bedrag 52,50 UKL (Social Security Benefits Up-rating Order 1995, SI 1995/559, artikel 10). Uit het dossier blijkt niet, wat het bedrag was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding.

V — De bij het Hof ingediende opmerkingen

13. Binnen de daartoe in artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG bepaalde termijn zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekster en verweerster in het hoofdgeding, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, die ook allen ter terechtzitting hun standpunt naar voren hebben gebracht.

14. Verzoekster is op grond van de rechtspraak van het Hof, waarop ik hierna nader zal ingaan, van mening, dat het ontslag van een zwangere vrouw wegens een door de zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid in strijd is met richtlijn 76/207 en een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt, aangezien zwangerschap een omstandigheid is die alleen vrouwen kan treffen. Volgens verzoekster is een dergelijk ontslag eveneens met die richtlijn in strijd, indien de werkneemster, omdat zij niet gedurende het vereiste tijdvak werkzaam is geweest, niet gedurende een vastgesteld tijdvak afwezig mag zijn wegens zwangerschap of bevalling, ingeval het ontslag in dat tijdvak wordt gegeven. Verzoekster stelt tot slot, dat het feit dat het ontslag heeft plaatsgevonden krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan, geen enkele invloed heeft op deze beoordeling.

15. Verweerster stelt, dat voor de beoordeling van verzoeksters rechten als werknemer moet worden teruggegaan tot het begin van de elfde week vóór de vermoedelijke datum van haar bevalling. Aangezien verzoekster op 30 december 1990 niet ononderbroken gedurende twee jaar bij verweerster tewerkgesteld was geweest, had zij geen recht op afwezigheid van haar werk wegens moederschap en op hervatting van haar werk, noch kon zij een beroep doen op de bepalingen betreffende onwettig ontslag, bedoeld om zwangere vrouwen te beschermen tegen een door hun toestand ingegeven ontslag. Wel had zij jegens de staat aanspraak op de moederschapsuitkering volgens het lagere tarief.

Verweerster stelt zich op het standpunt dat, gelet op de omstandigheden waarin verzoekster verkeerde, haar ontslag niet een gevolg was van het feit dat zij zwanger was, maar was toe te schrijven aan het abnormale karakter van die zwangerschap, waardoor zij vanaf omstreeks de achtste week niet in staat was te werken. Haar arbeidsongeschiktheid duurde langer dan in normale omstandigheden valt te voorzien en viel volledig buiten de periode gedurende welke een vrouw in het algemeen recht heeft op zwangerschapsverlof. De reden voor verzoeksters ontslag was, dat zij tijdens haar zwangerschap ziek werd en dat haar arbeidsongeschiktheid meer dan 26 weken duurde.

Op basis van dezelfde rechtspraak als waarop verzoekster zich beroept om tot de tegengestelde conclusie te komen, stelt verweerster dat de in de arbeidsovereenkomsten van haar personeelsleden opgenomen clausule die het mogelijk maakte, verzoekster na een afwezigheid van 26 weken te ontslaan, niet discriminerend is. Om dit aan te tonen,

geeft zij het voorbeeld van een werkgever die drie zwangere vrouwen in dienst heeft. De eerste, die een sterk gestel heeft, is tot het begin van haar zwangerschapsverlof geen enkele dag afwezig van haar werk; de tweede is, alvorens met verlof te gaan, af en toe afwezig wegens met de zwangerschap verband houdende gezondheidsproblemen; de derde is iemand als verzoekster, die als gevolg van de zwangerschap meer dan 26 weken arbeidsongeschikt is en om die reden wordt ontslagen, juist zoals het geval zou zijn bij een mannelijke werknemer die precies even lang afwezig is wegens ziekte. Waarom zou een dergelijke handelwijze moeten worden aangemerkt als discriminatie op grond van geslacht? Indien verzoekster anders werd behandeld dan andere zwangere vrouwen of dan werknemers van het mannelijk geslacht, zou er juist sprake zijn van positieve discriminatie ten gunste van slechts een bepaalde groep zwangere vrouwen en niet ten gunste van zwangere vrouwen in het algemeen.

Volgens verweerster moet een onderscheid worden gemaakt tussen een ziekte als die van verzoekster, die haar gedurende praktisch de gehele duur van de zwangerschap belette te werken, en de „normale zwangerschapsrisico's", zoals ochtendmisselijkheid aan het begin van de zwangerschap en vermoeidheid tegen het einde, kwalen die overigens niet bij elke zwangerschap optreden. Naar het oordeel van verweerster dient dit onderscheid het uitgangspunt te zijn voor de beantwoording van de door het House of Lords gestelde vragen.

Met betrekking tot het feit dat verzoekster werd ontslagen op een tijdstip waarop zij, indien zij lang genoeg tewerkgesteld was geweest, recht zou hebben gehad op afwezigheid van haar werk wegens haar aanstaande moederschap, merkt verweerster op, dat het volgens het destijds geldende gemeenschapsrecht uitsluitend aan de lidstaten was om de voorwaarden en de duur van het zwangerschapsverlof te bepalen. Volgens de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk moest een vrouw, om voor een dergelijk recht op afwezigheid van haar werk in aanmerking te komen, minstens twee jaar tewerkgesteld zijn geweest. Hoe dan ook werd verzoekster ontslagen omdat zij gedurende het in haar arbeidsovereenkomst bepaalde aantal weken afwezig was geweest wegens ziekte, en niet op grond van haar afwezigheid gedurende de korte periode waarin zij, zo zij recht had gehad op afwezigheid van haar werk, dit recht had kunnen uitoefenen.

16. De regering van het Verenigd Koninkrijk beklemtoont, dat de periode gedurende welke verzoekster als gevolg van haar zwangerschap niet in staat was te werken, aanzienlijk langer was dan de periode gedurende welke een vrouw naar nationaal recht van haar werk mag wegblijven wegens zwangerschap en bevalling. Voor de beantwoording van de prejudiciële vragen dient haars inziens onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds ontslag van een vrouw wegens de normale risico's en de gebruikelijke kwalen die bij zwangerschap en bevalling optreden, zoals afwezigheid van het werk in verband met de regelmatige zwangerschapscontroles, korte afwezigheden in verband met ochtendmisselijkheid en afwezigheid onmiddellijk voor en na de bevalling, en anderzijds ontslag van een vrouw wegens een ziekte die al dan niet verband houdt met zwangerschap. In het eerste geval zal het ontslag een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht opleveren, terwijl er in het tweede geval sprake zal zijn van een rechtmatig ontslag, op voorwaarde dat een mannelijke werknemer die even lang arbeidsongeschikt is

geweest, niet gunstiger wordt behandeld. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk is het aan de nationale rechter om te beoordelen, of de periode gedurende welke verzoekster afwezig was, gerechtvaardigd was door een normaal zwangerschapsrisico.

17. De Commissie stelt, dat er geen enkele objectieve rechtvaardiging is om binnen de zwangerschap een onderscheid te maken tussen de periode voor het begin van het zwangerschapsverlof en de periode tussen het ingaan van dat verlof en de bevalling, teneinde die perioden verschillend te behandelen. Het lijkt haar evenmin gerechtvaardigd, een onderscheid te maken tussen ontslag wegens zwangerschap en ontslag wegens door de zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, zolang het ontslag wordt gegeven terwijl de werkneemster nog zwanger is, aangezien door de zwangerschap veroorzaakte gezondheidsproblemen het gevolg zijn van een toestand die specifiek vrouwen betreft, zowel voor als tijdens hun afwezigheid van het werk wegens zwangerschap. Past men op werkneemsters in de situatie van verzoekster de regel toe die geldt voor zieke werknemers in het algemeen, dan maakt men zich schuldig aan discriminatie van vrouwen, aangezien het hier verschillende situaties betreft.

Dit standpunt wordt volgens de Commissie bevestigd door artikel 10 van richtlijn 92/85, waarin is bepaald dat vrouwelijke werknemers niet mogen worden ontslagen gedurende de periode vanaf het begin van hun zwangerschap tot het einde van hun zwangerschapsverlof. Ook al was de in die richtlijn bepaalde omzettingstermijn nog niet verstreken toen de feiten van het hoofdgeding zich afspeelden, met de bepalingen ervan moet volgens de Commissie wel rekening worden gehouden bij de uitlegging van richtlijn 76/207.

VI — Onderzoek van de prejudiciële vragen

A — *Inleidende opmerkingen*

18. Alvorens in te gaan op de problemen die door de prejudiciële vragen aan de orde worden gesteld, wil ik enkele opmerkingen maken.

19. Mijn eerste opmerking betreft de verwijzingsbeschikking, waarin de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten wel erg summier worden weergegeven. Zo wordt bijvoorbeeld niet gezegd, hoe lang verzoekster zwanger was toen zij arbeidsongeschiktheid werd, wat in haar geval de uitgerekende datum was, en of haar zwangerschap er een met bijzondere risico's was. Bovendien komt het mij voor, dat de redenen die kennelijk in de verschillende ziekteverklaringen vermeld stonden, te weten „symptomen van zwangerschap", „bloedverlies tijdens zwangerschap" en „door zwangerschap veroorzaakte rugpijn", indien dit de enige waren, voor een arts toch nauwelijks aanleiding konden zijn — en dit geldt vooral

voor de eerste en de derde reden — om verzoekster telkens weer ziek te schrijven gedurende een periode van 26 weken achtereen. Ook blijkt niet, of verzoekster het voor het einde van die periode geplande onafhankelijke medisch onderzoek heeft ondergaan, en zo ja, wat daarvan de uitslag was.

Ik stel mij zo voor, dat het doel van dat onderzoek is, dat de onderneming kan beschikken over een onafhankelijk oordeel betreffende de genezingskansen van de werknemer en daarmee de kans dat hij vroeger of later zijn werk zal kunnen hervatten, en kan besluiten de werknemer te ontslaan indien uit het onderzoek blijkt, dat een hervatting van de werkzaamheden op korte of middellange termijn onwaarschijnlijk is. Anders zou het ontslag namelijk meer weg hebben van een disciplinair ontslag wegens ziekte dan van een ontslag dat gerechtvaardigd is op grond van de buitensporige lasten waarvoor de werkgever zou komen te staan.

Indien de arbeidsongeschiktheid van verzoekster inderdaad een gevolg was van haar zwangerschap, en er is geen reden om aan te nemen dat dit niet het geval was, lijkt het logisch te veronderstellen, dat de bevalling aan die situatie van arbeidsongeschiktheid een einde zou maken. Waarom werd zij dan anderhalve maand voor de bevalling ontslagen? Was dit enkel omdat zij toen al 26 weken afwezig was geweest, of eerder omdat zij naar nationaal geen recht had op hervatting van haar werk na de bevalling, omdat zij nog geen twee jaar bij het bedrijf had gewerkt?

Het betreft hier uiteraard feitelijke omstandigheden die de nationale rechter dient te beoordelen met inachtneming van de door het Hof aan het gemeenschapsrecht gegeven uitlegging. Toch was het mijns inziens nuttig geweest, over die feiten te beschikken.

20. Mijn tweede opmerking heeft betrekking op de noodzaak om, eens en voor altijd, de respectieve toepassingsgebieden van de richtlijnen 76/207 en 92/85 af te bakenen, gelet op de inhoud van hun bepalingen en op hun doel. [6] Verweerster stelt, dat de gevolgen van het in deze zaak te wijzen arrest zeer beperkt zullen zijn, aangezien richtlijn 92/85 de lidstaten de verplichting oplegt, uiterlijk met ingang van 19 oktober 1994 ontslag van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling of tijdens de lactatie te verbieden. Haars inziens heeft verzoekster gewoon pech gehad, omdat die richtlijn op het moment van haar ontslag nog niet was vastgesteld.

Ik kan het hiermee niet eens zijn, daar de bepalingen van de twee richtlijnen verschillend zijn en ook verschillende doelen nastreven.

21. Richtlijn 76/207, dat artikel 235 EG-Verdrag als rechtsgrondslag heeft, is een

6 — Op deze noodzaak is reeds gewezen toen richtlijn 92/85 nog maar een ontwerp was, namelijk door Shaw, J.: „Pregnancy discrimination in sex discrimination", *European Law Review*, 1991, blz. 313-320, inz. blz. 318.

actie van de Gemeenschap die destijds nodig werd geacht om het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen te realiseren, zowel voor wat betreft de toegang tot het arbeidsproces, tot de beroepsopleiding en de promotiekansen als wat betreft de andere arbeidsvoorwaarden. [7] De enige uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling die zijn toegestaan, zijn te vinden in de leden 2, 3 en 4 van artikel 2. Het betreft hier meer bepaald beroepsactiviteiten waarvoor wegens hun aard het geslacht een bepalende factor is; de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat zwangerschap en moederschap betreft, en maatregelen die beogen te bevorderen, dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van vrouwen op de door de richtlijn bestreken gebieden nadelig beïnvloeden. Het gaat hierbij in alle gevallen om maatregelen die bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheidssfeer van de lidstaten horen.

22. Richtlijn 92/85 daarentegen heeft artikel 118 A van het Verdrag als rechtsgrondslag, dat de Raad verplicht om door middel van richtlijnen minimumvoorschriften vast te stellen om de verbetering van met name het arbeidsmilieu te bevorderen, teneinde de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te beschermen; het is de tiende bijzondere richtlijn die is vastgesteld overeenkomstig artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG [8], waarvan artikel 15 bepaalt, dat bijzonder kwetsbare risicogroepen tegen voor hen specifieke gevaren moeten worden beschermd.

Richtlijn 92/85 heeft als doel 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. Zij is dus duidelijk beschermend van aard, doordat zij bepaalt dat vrouwen die zich in een van die situaties bevinden, anders moeten worden behandeld. Tegelijkertijd erkent de wetgever in de negende overweging van de considerans, dat die bescherming geen afbreuk mag doen aan de plaats van de vrouw op de arbeidsmarkt, noch aan de richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Zoals het Hof reeds heeft verklaard in het arrest Webb [9], is het in verband met het risico, dat een eventueel ontslag een nadelige uitwerking heeft op de lichamelijke en geestelijke toestand van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, daaronder begrepen het bijzonder ernstige risico dat een zwangere werkneemster ertoe wordt gebracht vrijwillig haar zwangerschap af te breken, dat de gemeenschapswetgever bij artikel 10 van richtlijn 92/85 aan vrouwen een bijzondere bescherming heeft verleend door ontslag te verbieden gedurende de periode vanaf het

7 — Derde overweging van de considerans.

8 — Richtlijn van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (PB L 183, blz. 1).

9 — Arrest van 14 juli 1994 (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567, punten 21 en 22).

begin van hun zwangerschap tot het einde van het zwangerschapsverlof, zonder enige uitzondering op of afwijking van dat verbod tijdens die periode toe te staan, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met de toestand van de betrokkene.

23. Het is juist, dat zodra het in artikel 10 van richtlijn 92/85 neergelegde ontslagverbod in het interne recht van de lidstaten zal zijn omgezet, er geen reden meer zal zijn om artikel 5 van richtlijn 76/207, dat het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, formuleert, toe te passen op gevallen waarin een vrouw tijdens haar zwangerschap is ontslagen.

Het ontslagverbod van artikel 10 van richtlijn 92/85 biedt echter geen oplossing voor het probleem van een vrouw die na afloop van haar zwangerschapsverlof haar werk volledig normaal heeft hervat, maar die wordt ontslagen omdat zij in het voorgaande jaar, met onderbrekingen, gedurende het in de nationale wetgeving bepaalde aantal weken arbeidsongeschikt is geweest. Wordt de vrouw in dat geval ontslagen onder dezelfde omstandigheden als een man die hetzelfde aantal weken ziek is geweest, wanneer voor de werkneemster de periode wordt meegeteld gedurende welke zij op medisch voorschrift het bed heeft moeten houden wegens, bijvoorbeeld, een dreigende miskraam?

Het is om deze reden dat artikel 5 van richtlijn 76/207 en de hieraan door het Hof gegeven uitlegging onontbeerlijk zullen blijven voor de opheldering van de vraag, of bij de berekening van de afwezigheden van het werk die een ontslag rechtvaardigen, de perioden gedurende welke een zwangere vrouw wegens haar zwangerschap niet in staat is geweest te werken, mogen worden opgeteld bij de perioden van afwezigheid voor de zwangerschap en na afloop van het zwangerschapsverlof.

24. Mijn derde opmerking betreft de rechtspraak waarin het Hof uitlegging geeft aan het in richtlijn 76/207 neergelegde beginsel van gelijke behandeling in gevallen waarin de rechten van werkneemsters tijdens de zwangerschap of na de bevalling in het geding zijn. Het kan misschien op het eerste gezicht niet vreemd lijken, dat de enige vier arresten die over dit onderwerp waren gewezen op het tijdstip waarop de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen in deze zaak afliep, te weten de arresten Dekker [10], Hertz [11], Habermann-Beltermann [12] en Webb [13], door partijen in het hoofdgeding, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn gebruikt om zulke tegengestelde standpunten te verdedigen. Verrassender, ja zelfs zorgwekkend is, dat allen zich op dezelfde punten van die arresten beroepen om hun respectieve standpunten kracht bij te zetten.

Mijns inziens kan het Hof dan ook niet volstaan met een beantwoording van de door

10 — Arrest van 8 november 1990 (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941).

11 — Aangehaald in voetnoot 3.

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

13 — Aangehaald in voetnoot 9.

het House of Lords gestelde prejudiciële vragen, maar dient het tevens, teneinde de rechtszekerheid te waarborgen, de bestaande rechtspraak te verduidelijken. Ikzelf zal die arresten één voor één bespreken en te kennen geven, hoe zij in mijn ogen moeten worden uitgelegd.

B — *De rechtspraak van het Hof betreffende de toepassing van de in richtlijn 76/207 geregelde rechten van werknemers op werkneemsters tijdens de zwangerschap of na de bevalling*

1) De arresten Dekker en Hertz, waarin het Hof oordeelde dat het discriminerend was te weigeren een zwangere vrouw in dienst te nemen, maar dat het niet discriminerend was een vrouw te ontslaan wegens een na afloop van haar zwangerschapsverlof ingetreden arbeidsongeschiktheid, zelfs al was de ziekte veroorzaakt door de bevalling

25. Op 8 november 1990 wees het Hof twee arresten die van grote betekenis zijn geweest voor het communautaire sociaal recht dat zich bezighoudt met de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de werksfeer. Het waren de eerste arresten betreffende de uitlegging van richtlijn 76/207 en, meer bepaald, van het recht op toegang tot het arbeidsproces of op behoud van een betrekking in verband met tot het exclusieve domein van vrouwen behorende situaties als zwangerschap en moederschap. Beide arresten illustreren goed de door L. M. Finley verdedigde stelling, die kan worden samengevat als volgt: „The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace." [14]

26. Het zijn de arresten Dekker [15] en Hertz [16]. In het eerste gaf het Hof antwoord op een prejudiciële vraag van de Hoge Raad der Nederlanden, die uitspraak moest doen in een zaak waarin mevrouw Dekker, die had gesolliciteerd naar de post van vormingswerker in een jongerencentrum, de sollicitatiecommissie had laten weten dat zij drie maanden zwanger was en vervolgens door die commissie als meest geschikte kandidaat voor de functie was voorgedragen, opkwam tegen de weigering van de werkgever om haar in dienst te nemen op grond dat zij reeds bij haar sollicitatie zwanger was. Die weigering vond plaats nadat de werkgever had vernomen, dat hij het ziekengeld dat hij aan de werkneemster zou moeten betalen tijdens haar afwezigheid in verband met zwangerschap en bevalling, niet door zijn verzekeringsorgaan terugbetaald zou krijgen. Volgens de toepasselijke nationale wettelijke regeling mocht het verzekeringsorgaan namelijk de terugbetaling van ziekengeld aan de werkgever geheel of ten dele weigeren, indien de werknemer binnen een half jaar na de indienstneming arbeidsongeschikt was geworden, op voorwaarde dat de gezondheidstoestand van de betrokkene op dat

14 — Finley, L. M.: „Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate", *Columbia Law Review*, Vol. 86: 1118, blz. 1119.

15 — Aangehaald in voetnoot 10.

16 — Aangehaald in voetnoot 3.

tijdstip van dien aard was, dat het intreden van de ongeschiktheid binnen die termijn kon worden verwacht. Aangezien geen uitzondering werd gemaakt voor zwangerschap, werd arbeidsongeschikt wegens moederschap op één lijn gesteld met arbeidsongeschikt wegens een voorzienbare ziekte.

De nationale rechter vroeg, voor zover hier van belang, of de weigering van de werkgever om de werkneemster in die omstandigheden in dienst te nemen, in strijd was met het in richtlijn 76/207 neergelegde beginsel van gelijke behandeling.

27. In de tweede zaak was de prejudiciële vraag gesteld door het Deense Højesteret, met het oog op de oplossing van het bij deze rechterlijke instantie aanhangige geding tussen mevrouw Hertz en haar voormalige werkgever, Aldi Marked K/S. De werkneemster was in juli 1982 als caissière en verkoopster aangesteld voor een gedeelte van de werktijd. In juni 1983 kreeg zij een zoon na een zwangerschap met complicaties, gedurende het grootste deel waarvan zij, met instemming van haar werkgever, met ziekteverlof was geweest. Eind 1983, toen haar zwangerschapsverlof was afgelopen, hervatte mevrouw Hertz haar werkzaamheden en tot juni 1984 was zij niet meer met ziekteverlof. In het daaropvolgende jaar was zij meer dan honderd werkdagen met ziekteverlof, naar aanleiding waarvan zij werd ontslagen. Naar zeggen van de werkgever was het gebruikelijk om werknemers die vaak ziek waren, te ontslaan. Partijen waren het erover eens, dat de afwezigheden van Hertz tussen juni 1984 en juni 1985 een gevolg waren van haar bevalling in 1983.

De nationale rechter vroeg, of de bepalingen van artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 ook golden voor ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, en zo ja, of de bescherming tegen ontslag wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zonder beperking in de tijd gold.

28. Advocaat-generaal Darmon, die in beide zaken één conclusie nam, wijdde een algemene beschouwing aan het moederschap en aan de plaats die, in het licht van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, hieraan dient toe te komen in het economische en sociale leven van de Europese maatschappijen. [17] Deze beschouwing is van onschatbare waarde en heeft nog niets aan actualiteit ingeboet. Na zich te hebben afgevraagd, of er een gebeurtenis is die meer verbonden is met het vrouw-zijn en of gelijke behandeling van mannelijke werknemers en vrouwelijke werknemers denkbaar is, zonder dat rekening wordt gehouden met het moederschap, concludeert hij met betrekking tot de zaak Dekker, dat de aanstellingsweigering wegens het aanstaande moederschap, aangezien een gebeurtenis in aanmerking wordt genomen die uitsluitend vrouwelijke werknemers betreft, een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht oplevert.

29. In de zaak Hertz, zo merkt hij op, is de noodzaak van de moeilijke verzoening van

17 — Conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaken Hertz en Dekker, aangehaald in de voetnoten 3 en 10, Jurispr. blz. I-3956, de punten 21 e. v., blz. I-3960.

het beginsel van gelijke behandeling met de eisen van het economisch leven misschien nog dwingender aanwezig. Hij vervolgt: „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?" [18] De conclusie waartoe hij in de zaak Hertz komt, is tegengesteld aan die in de zaak Dekker, namelijk dat het ontslag van een werkneemster buiten de tijdvakken van zwangerschapsverlof op grond van afwezigheden wegens een ziekte die een gevolg is van de zwangerschap of de bevalling, geen rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt.

30. Er zij echter op gewezen, dat deze kale bewering de consequentie is van een redenering waarbij op geen enkel moment uit het oog wordt verloren, dat het gaat om afwezigheden van de werkneemster die gerechtvaardigd zijn door een ziekte die haar oorsprong vindt in de zwangerschap of de bevalling, maar die zich *na afloop* van het zwangerschapsverlof voordoen. In punt 43 verklaart de advocaat-generaal namelijk: „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.*" [19]

In punt 45 stelt hij: „Indien *de complicaties ten gevolge van de bevalling* zeer ernstig zijn, zal de werkneemster (...) jarenlang ongeschikt kunnen blijven om te werken, zonder dat haar werkgever haar kan ontslaan (...)" In punt 46 verklaart hij, 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".

In het volgende punt, waarin hij zich afvraagt welke criteria het Hof zou kunnen vaststellen teneinde te bepalen, in welke gevallen de ziekte de aan moederschap verschuldigde bescherming verdient, alsmede teneinde te bepalen, gedurende welke tijd deze bescherming geldt, blijft de onderliggende gedachte, dat wanneer het zwangerschapsverlof van de vrouw is afgelopen, het beginsel van gelijke behandeling moet worden toegepast.

In punt 48 stelt hij dan als oplossing voor, een onderscheid te maken tussen enerzijds de normale zwangerschaps- en bevallingsrisico's, die hij omschrijft als „de gewoonlijke complicaties die daarbij kunnen optreden en naar aanleiding waarvan soms een aanvullend moederschapsverlof wordt verleend", welke risico's in zijn ogen 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, waaraan hij toevoegt:

18 — Punt 40.

19 — Alle cursiveringen in de tekst zijn van mij.

„bij gebreke van nationale bepalingen waarbij aan de vrouw een bijzondere bescherming wordt verleend, moet de werkgever zijn werkneemster *na afloop van het zwangerschapsverlof* (...) kunnen ontslaan. *Wanneer (...) 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."

31. Beide arresten werden gewezen door het voltallige Hof, dat de conclusie van de advocaat-generaal volgde. De terechtzittingen werden gehouden op 3 oktober 1989 en de advocaat-generaal nam zijn conclusie op 14 november daaraanvolgend. Het feit dat de arresten een jaar op zich lieten wachten, vormt mijns inziens een aanwijzing voor de moeilijkheden die de zaken opleverden, met name de zaak Hertz, zoals het Hof zelf in punt 7 van zijn arrest erkent. Die moeilijkheden verklaren wellicht de beknoptheid van de overwegingen, waardoor beide uitspraken worden gekenmerkt.

32. In het arrest Dekker overwoog het Hof, dat aangezien enkel vrouwen een aanstelling kan worden geweigerd wegens zwangerschap, een dergelijke weigering een directe discriminatie op grond van geslacht is; dat een aanstellingsweigering wegens de financiële consequenties van afwezigheid in verband met zwangerschap moet worden geacht voornamelijk op het feit van de zwangerschap te zijn gebaseerd, en dat voor een dergelijke discriminatie geen rechtvaardiging kan worden ontleend aan het financiële nadeel dat bij aanstelling van een zwangere vrouw door de werkgever wordt geleden gedurende haar zwangerschapsverlof. [20]

33. De overwegingen en het dictum van het arrest Hertz verdienen echter bijzondere aandacht. Ik herinner aan de standpunten van de partijen, zoals weergegeven in de punten 8 en 9: enerzijds werd gesteld, dat het ontslag van een vrouw op grond van zwangerschap, bevalling of herhaalde afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, ongeacht het moment waarop die ziekte intreedt, in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling, daar een mannelijke werknemer niet door dergelijke stoornissen kan worden getroffen en bijgevolg niet om dezelfde reden kan worden ontslagen; anderzijds werd betoogd, dat men een werkgever niet kan verbieden, een vrouwelijke werknemer te ontslaan wegens herhaald ziekteverlof, enkel op grond dat de ziekte haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling. Indien jaren na de bevalling op een werkgever een dergelijk verbod zou rusten, zou zulks niet alleen tot problemen voor zijn personeelsbeleid en tot onbillijke gevolgen voor de werkgevers kunnen leiden, maar ook negatieve gevolgen kunnen hebben voor de tewerkstelling van vrouwen.

34. Het arrest Hertz is van fundamenteel belang wanneer het gaat om de verzoening van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de werksfeer met de rol van de vrouw in het voortplantingsproces. In punt 13 staat namelijk te lezen: „Uit (...) bepalingen van de richtlijn volgt, dat ontslag van een vrouwelijke werknemer

20 — Aangehaald in voetnoot 10, punt 12.

wegens zwangerschap een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt, evenals de weigering om een zwangere vrouw in dienst te nemen (...)" In punt 14 verklaart het Hof: „Het ontslag van een vrouwelijke werknemer wegens herhaald ziekteverlof dat niet zijn oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, vormt (...) geen discriminatie op grond van geslacht, wanneer een dergelijk herhaald ziekteverlof onder dezelfde omstandigheden ook tot ontslag van een mannelijke werknemer zou leiden"; en in punt 15: „De richtlijn [76/207] geldt niet voor gevallen waarin een ziekte haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling. Zij verzet zich evenwel niet tegen nationale bepalingen die vrouwen specifieke rechten op grond van zwangerschap of bevalling toekennen, zoals zwangerschapsverlof. Hieruit volgt, dat de vrouw gedurende het zwangerschapsverlof waarvoor zij naar nationaal recht in aanmerking komt, beschermd is tegen ontslag wegens afwezigheid. Het staat aan iedere lidstaat de periodes van zwangerschapsverlof zodanig vast te stellen, dat vrouwelijke werknemers afwezig kunnen zijn gedurende de periode waarin de met zwangerschap en bevalling verband houdende stoornissen zich voordoen."

35. Het zijn mijns inziens de punten 16 en 17 van het arrest, die bepalend zijn voor de aan de beslissing te geven uitlegging. Daarin verklaart het Hof letterlijk:

„Wanneer een ziekte optreedt na het zwangerschapsverlof, behoeft een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, niet te worden onderscheiden van elke andere ziekte. Die pathologische toestand valt derhalve onder de gewone ziekteregeling.

Vrouwelijke en mannelijke werknemers zijn immers gelijkelijk aan ziekte blootgesteld, ook al doen sommige stoornissen zich alleen bij mannen of alleen bij vrouwen voor. De enige vraag is derhalve, of een vrouw onder dezelfde omstandigheden als een man wordt ontslagen op grond van afwezigheid wegens ziekte. Wanneer dat het geval is, is er geen sprake van rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht."

36. De moeilijkheid bij de bepaling van de draagwijdte van het arrest zit hem echter hierin, dat de precisering betreffende het tijdstip waarop de ziekte optreedt, niet voorkomt in het dictum, waarin strikt antwoord wordt gegeven op de prejudiciële vraag, zoals deze is gesteld — en waarvan het Hof de formulering letterlijk overneemt —, in de volgende bewoordingen: „Behoudens de bepalingen van nationaal recht, vastgesteld ter uitvoering van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207/EEG (...), verzet artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van de richtlijn zich niet tegen ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling."

Deze schijnbare incongruentie — die eenvoudig te verklaren is wanneer men bedenkt,

dat het Hof in de punten 16 en 17 de omstandigheden waarin het nationale geschil is gerezen, zeer wel voor ogen houdt, terwijl het zich in het dictum strikt bepaalt tot het beantwoorden van de prejudiciële vraag, zoals deze door de nationale rechter is gesteld [21] — is de oorzaak van de uiteenlopende interpretaties waarop de standpunten van de partijen in de onderhavige procedure gebaseerd zijn.

37. Het lijdt mijns inziens geen twijfel, dat het arrest niet kan worden uitgelegd op basis van de inhoud van het dictum alleen, maar dat rekening moet worden gehouden met het feit dat het Hof in punt 16 onomwonden te kennen geeft, dat wanneer een ziekte optreedt na het zwangerschapsverlof, een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, niet behoeft te worden onderscheiden van elke andere ziekte.

Deze lezing wordt uiteraard ook aangehangen door degenen die het arrest hebben becommentarieerd: alle door mij geraadpleegde schrijvers wijzen er, meer of minder kritisch, met klem op, dat het Hof, wanneer het verklaart dat artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 zich niet verzet tegen ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, doelt op afwezigheden van de vrouw die zich voordoen *na* het zwangerschapsverlof. [22]

38. Dit is ook de uitlegging die advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie in de zaak Webb [23] aan het arrest Hertz geeft. In de tweede alinea van punt 13 merkt hij op, dat het Hof in dat arrest oordeelde, dat het ontslag van een werkneemster wegens herhaalde afwezigheid in verband met een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, geen rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht vormt, indien deze afwezigheid zich voordoet na het zwangerschapsverlof [24]; en in de bijbehorende voetnoot 12 voegt hij hieraan toe: „Dit arrest kan stellig

21 — De vraag is als volgt geformuleerd: „Gelden de bepalingen van artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG (...) ook voor ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling?"

22 — Jacqmain, J.: *Chroniques de droit social*, 1991, blz. 49 en 50, punt 4; Devos, D.: *Journal des tribunaux du travail*, 1991, blz. 121-122, punt 3; Shaw, J., op. cit., blz. 313-320, inz. blz. 317; Traversa, E.: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, blz. 425-439, inz. blz. 436; Kilpatrick, C.: „How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period" in: *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, blz. 81 e. v., inz. blz. 84; Burrows, N. & Mair, J.: *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, blz. 155; Nielsen, R.: *Common Market Law Review*, 1992, blz. 160-169, inz. blz. 164; More, G.: „Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law" in: *The Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, blz. 48-56, inz. blz. 53 en 54; Bolger, M.: „Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination" in *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, blz. 383; Rodríguez-Piñero, M.: „Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora" in: *Relaciones Laborales*, band I, 1991, blz. 3 e. v., inz. blz. 8; Flynn, L.: „Pregnancy and Dismissal: Rejection the ‚Sick Male' comparison" in: *Irish Law Times*, november 1994, blz. 257; Van Kraay, F.: „The Difference Between Pregnant Women and Sick Men" in: *Law Teacher*, 1995, vol. 29, blz. 92 e. v., inz. blz. 93; McGlynn, C. M. S.: „Webb v EMO: a hope for the Future" in: *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, blz. 50 e. v., inz. blz. 54; Boch, C.: *Common Market Law Review*, 1995, blz. 547 e. v., inz. blz. 558; Hervey, T.: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, 1993, blz. 67; Szyszczak, E.: „Community Law on Pregnancy and Maternity" in: *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, blz. 51 e. v., inz. blz. 54, en Bolger, M.: *Irish Law Times and Solicitor's Journal* 1994, blz. 65 en 66.

23 — Conclusie bij het arrest Webb, aangehaald in voetnoot 9, Jurispr. blz. I-3569 e. v.

24 — Vgl. ook de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest Habermann-Beltermann, aangehaald in voetnoot 12, Jurispr. blz. I-1659 e. v.

niet in die zin worden gelezen dat het Hof toelaatbaar (of zelfs gerechtvaardigd) heeft geacht het ontslag van een vrouw die afwezig is om een reden (ziekte) die verband houdt met zwangerschap. Bij nauwlettende lezing blijkt immers, dat het Hof doorslaggevend achtte, dat de ziekte van Hertz was opgetreden nadat zij aan het einde van het zwangerschapsverlof haar arbeid had hervat. (...)" En in punt 14 beklemtoont hij: „Voor zover uit dit arrest volgt, dat ontslag wegens afwezigheid in verband met ziekte die weliswaar verband houdt met zwangerschap of bevalling maar die is opgetreden in de periode na het einde van het zwangerschapsverlof, niet discriminerend moet worden geacht, betekent dit — a fortiori — dat zwangerschap niet kan worden gelijkgesteld aan ziekte. (...)"

39. De door een deel van de schrijvers onder de aandacht gebrachte tegenstrijdigheid tussen de arresten Dekker en Hertz [25] bestaat hierin, dat het Hof in het eerste arrest een aanstellingsweigering wegens zwangerschap als rechtstreekse discriminatie kwalificeerde, daar een dergelijke weigering enkel vrouwen kan treffen, terwijl het in het tweede in verband met de mogelijkheid van ontslag verklaarde, dat wanneer een ziekte optreedt na het zwangerschapsverlof, een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, niet behoeft te worden onderscheiden van elke andere ziekte, terwijl het evident is, dat uitsluitend vrouwen kunnen lijden aan een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling; de twee arresten kunnen naar mijn mening enkel met elkaar worden verzoend indien men ervan uitgaat, dat de reden van dat onderscheid gelegen is in het feit, dat wanneer een vrouw is bevallen en aan haar zwangerschapsverlof een einde is gekomen, haar fysiologische toestand niet langer verschilt van die van werknemers van het mannelijk geslacht, en dat vanaf dat moment niet langer onderscheid dient te worden gemaakt naar gelang van de oorsprong van de ziekte. Er zou uiteraard sprake zijn van een met het beginsel van gelijke behandeling strijdig voorrecht, indien een werkneemster wegens het feit dat zij op enig tijdstip tijdens haar leven een kind heeft gebaard, aanspraak kon maken op een soort waarborg tegen ontslag gedurende de rest van haar beroepsleven, op grond waarvan tijdvakken van arbeidsongeschiktheid na het zwangerschapsverlof, die verband zouden kunnen houden met de zwangerschap of de bevalling, voor ontslagdoeleinden buiten beschouwing zouden worden gelaten.

25 — Jacqmain, J., op. cit., blz. 55; Shaw, J., op. cit., blz. 320; Traversa, E., op. cit., blz. 436; McGlynn, C. M. S., op. cit., blz. 54 en 55; Bosch, C., op. cit., blz. 559; Kilpatrick, C., op. cit., blz. 85; Szyszczak, E., op. cit., blz. 54, en Burrows, N. & Mair, J., op. cit., blz. 155.

2) Het arrest Habermann-Beltermann, waarin het Hof de nietigverklaring of opzegging van een arbeidsovereenkomst wegens het wettelijk verbod van nachtarbeid voor zwangere vrouwen als discriminerend aanmerkte

40. In zijn arrest van 5 mei 1994, Habermann-Beltermann [26], gaf het Hof antwoord op de hem door het Arbeitsgericht Regensburg voorgelegde prejudiciële vragen betreffende een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur tussen een werkgever en een zwangere werkneemster. Bij de sluiting van de overeenkomst, volgens welke de arbeidsprestatie 's nachts moest worden verricht, was geen van beide partijen op de

26 — Aangehaald in voetnoot 12.

hoogte van de zwangerschap. De nationale rechter wilde weten, of artikel 2, lid 1, gelezen in samenhang met de artikelen 3, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207 zich ertegen verzetten, dat een dergelijke overeenkomst nietig wordt verklaard wegens het krachtens nationaal recht geldende verbod van nachtarbeid tijdens de zwangerschap en de lactatie, en dat zij door de werkgever wordt opgezegd wegens dwaling omtrent de wezenlijke eigenschappen van de wederpartij bij de sluiting van de overeenkomst.

Het Hof merkte op, dat er sprake was van een overeenkomst van onbepaalde duur en dat het verbod van nachtarbeid voor zwangere vrouwen, vergeleken met de totale duur van de overeenkomst, dus slechts voor een beperkte periode gold. In die omstandigheden, zo concludeerde het, zou het in strijd zijn met de door artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 beoogde bescherming en zou deze bepaling haar nuttige werking verliezen, wanneer zou worden aanvaard dat de overeenkomst nietig kon worden verklaard of kon worden opgezegd, op grond dat de zwangere werkneemster de nachtarbeid waarvoor zij was aangesteld, tijdelijk niet kon verrichten. Concreet antwoordde het Hof aan de nationale rechter, dat de bepalingen van richtlijn 76/207 zich ertegen verzetten, dat een overeenkomst van onbepaalde duur betreffende 's nachts te verrichten arbeid, die is gesloten tussen een werkgever en een zwangere werkneemster, die geen van beiden op de hoogte waren van de zwangerschap, nietig wordt verklaard wegens het krachtens nationaal recht geldende wettelijke verbod van nachtarbeid tijdens de zwangerschap en de lactatie, of dat zij door de werkgever wordt opgezegd wegens dwaling omtrent de wezenlijke eigenschappen van de wederpartij bij de sluiting van de overeenkomst.

3) Het arrest Webb, waarin het Hof oordeelde dat de situatie van een zwangere vrouw die niet in staat is de taak te vervullen waarvoor zij in dienst is genomen, niet kan worden vergeleken met die van een man die om medische of andere redenen daartoe evenmin in staat is

41. Op 14 juli 1994 deed het Hof uitspraak in de zaak Webb [27], waarbij het antwoord gaf op een prejudiciële vraag betreffende de uitlegging van richtlijn 76/207, die het House of Lords had gesteld met het oog op de oplossing van het bij hem aanhangige geding tussen een werkgever en een voor onbepaalde duur aangestelde werkneemster, die was ontslagen toen de werkgever had vernomen dat zij zwanger was, op grond dat zij juist was aangesteld om — in eerste instantie — een andere werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof te vervangen. Het Hof verklaarde in zijn arrest, dat men zich niet, zoals de verwijzende rechter wilde, de vraag kon stellen, of de situatie van een vrouw die niet in staat is de taak te vervullen waarvoor zij in dienst is genomen, wegens een zwangerschap die zeer kort na het sluiten van de arbeidsovereenkomst is gebleken, kan worden vergeleken met die van een man die om medische of andere redenen daartoe evenmin in

27 — Aangehaald in voetnoot 9.

staat is. In punt 25 overweegt het: „zwangerschap [is] (...) op geen enkele wijze vergelijkbaar met een toestand van ziekte, en zeker niet met een situatie waarin iemand om niet-medische redenen niet beschikbaar is. Dergelijke situaties kunnen het ontslag van een vrouw rechtvaardigen zonder dat dit ontslag discriminerend is op grond van geslacht. In het arrest Hertz heeft het Hof overigens duidelijk onderscheid gemaakt tussen zwangerschap en ziekte, zelfs ingeval de ziekte haar oorsprong vindt in de zwangerschap, *maar na het zwangerschapsverlof optreedt* (...)"

In punt 27 concludeert het Hof, dat in een situatie als die van Webb de beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur wegens zwangerschap van de werkneemster niet kan worden gerechtvaardigd door het feit dat de werkneemster tijdelijk is verhinderd, de arbeid waarvoor zij is aangenomen, te verrichten.

4) Het arrest Larsson, waarin het Hof lijkt te hebben geoordeeld, dat het niet discriminerend is om in verband met ontslag rekening te houden met de door zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van een vrouw vóór het begin van het zwangerschapsverlof

42. Tegen deze achtergrond wees het Hof op 29 mei 1997 [28] arrest in de zaak Larsson. [29] Opnieuw werd het, ditmaal door het Sø- og Handelsret i København, verzocht om uitlegging van de artikelen 5, lid 1, en 2, lid 1, van richtlijn 76/207, toegepast op een werkneemster die na afloop van haar zwangerschapsverlof was ontslagen wegens vrij langdurige afwezigheden als gevolg van haar toestand, die grotendeels waren opgetreden tijdens de zwangerschap en gerechtvaardigd waren door ziekteverklaringen. Ik zal dit arrest vrij uitvoerig bespreken.

Mevrouw Larsson was in maart 1990 door Føtex Supermarked A/S als werkneemster in dienst genomen. In augustus van het daaropvolgende jaar deelde zij haar werkgever mee, dat zij zwanger was. Tijdens de zwangerschap was Larsson tweemaal met ziekteverlof. Het eerste ziekteverlof duurde 18 dagen. Het tweede verlof, dat nodig was wegens door de zwangerschap veroorzaakte bekkeninstabiliteit, duurde ongeveer vier en een halve maand. De bevalling vond plaats op 2 april 1992. Het zwangerschapsverlof, van 24 weken, eindigde op 18 september 1992. Vervolgens nam Larsson haar jaarlijks verlof op tot 16 oktober. Gedurende haar zwangerschapsverlof en haar vakantie werd zij verder behandeld voor bekkeninstabiliteit. Na het verstrijken van haar jaarlijks verlof was zij wederom met ziekteverlof en pas op 4 januari 1993 werd zij arbeidsgeschikt verklaard. Op 10 november 1992, dat wil zeggen minder dan een maand na het einde van haar jaarlijks verlof, schreef haar werkgever haar een brief waarin hij haar meedeelde, dat zij per eind december werd ontslagen. Het ontslag was letterlijk gemotiveerd door „uw

28 — Toen de termijn voor het indienen van opmerkingen in de onderhavige zaak reeds was verstreken.

29 — Zaak C-400/95, Jurispr. blz. I-2757.

langdurige afwezigheid alsmede de omstandigheid dat het niet erg waarschijnlijk is, dat u — gezien uw gezondheidstoestand — op een later tijdstip in staat zult zijn uw werkzaamheden naar tevredenheid te verrichten".

43. De verwijzende rechter vroeg, of voormelde bepalingen van richtlijn 76/207 ook golden voor ontslag wegens afwezigheid na afloop van het zwangerschapsverlof, indien deze afwezigheid werd veroorzaakt door een ziekte welke was opgetreden tijdens de zwangerschap en die had voortgeduurd tijdens en na het zwangerschapsverlof, met dien verstande dat het ontslag had plaatsgevonden na afloop van het zwangerschapsverlof. Opgemerkt zij, dat de vraag van de nationale rechter betrekking had op ontslag wegens afwezigheid *na afloop van het zwangerschapsverlof*.

44. In mijn conclusie in de zaak Larsson [30] gaf ik het Hof in overweging, op basis van de in de arresten Hertz, Webb en Habermann-Beltermann ontwikkelde rechtspraak te verklaren, dat voor de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, neergelegd in artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207, een streep moet worden getrokken op het ogenblik waarop het zwangerschapsverlof afloopt. Vanaf dat moment zal elke ziekte waaraan een vrouw lijdt, ongeacht of zij haar oorsprong vindt in de zwangerschap of niet, onder de op alle werknemers toepasselijke algemene ziekteregeling vallen. Daarentegen kunnen vóór de bevalling gelegen periodes van ziekteverlof wegens door de zwangerschap veroorzaakte gezondheidsproblemen, in verband met ontslag niet met afwezigheden wegens ziekte van een man worden gelijkgesteld.

Het door mij voorgestelde antwoord op de vraag van de nationale rechter luidde als volgt: Artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 verzet zich niet tegen het ontslag van een vrouw wegens afwezigheid na afloop van het zwangerschapsverlof, ingeval deze afwezigheid te wijten is aan een ziekte welke tijdens de zwangerschap is opgetreden en tijdens en na het zwangerschapsverlof heeft voortgeduurd, mits bij de berekening van de afwezigheden met het oog op het ontslag de periodes waarin de vrouw vóór de bevalling met ziekteverlof was wegens door de zwangerschap veroorzaakte gezondheidsproblemen, niet in aanmerking zijn genomen.

45. Ter weerlegging van de argumenten van verzoekster in het hoofdgeding, die betoogde dat in het arrest Hertz een onderscheid was gemaakt op basis van het tijdstip waarop de ziekte optreedt of kenbaar wordt, verklaarde het Hof in het arrest Larsson: „In het feitelijk kader dat aan hem was voorgelegd, was het Hof slechts van oordeel, dat vanuit het gezichtspunt van het in (...) richtlijn [76/207] neergelegde beginsel van gelijke behandeling geen onderscheid diende te worden gemaakt tussen een ziekte die veroorzaakt wordt door zwangerschap of bevalling en iedere andere ziekte. Deze uitlegging wordt overigens bevestigd doordat in het dispositief van het

30 — Conclusie van 18 februari 1997, Jurispr. blz. I-2759.

arrest Hertz niet wordt verwezen naar het tijdstip waarop de ziekte optreedt of kenbaar wordt." [31]

46. Verderop in het arrest zet het Hof het standpunt uiteen van verzoekster in het hoofdgeding, de Deense regering en de Commissie, die betoogden dat het in strijd zou zijn met het gemeenschapsrecht, indien de werkgever voor de berekening van de periode die het ontslag naar nationaal recht rechtvaardigt, rekening zou kunnen houden zowel met de afwezigheid vanaf het begin van de zwangerschap tot het begin van het zwangerschapsverlof, als met de afwezigheid tijdens het zwangerschapsverlof. Uit de stukken van het hoofdgeding bleek immers, dat indien deze periodes, evenals de vier weken jaarlijks verlof, buiten beschouwing werden gelaten, Larsson op het moment van haar ontslag slechts gedurende minder dan vier weken afwezig was geweest wegens ziekte.

47. Met betrekking tot het zwangerschapsverlof waarvoor de vrouw naar nationaal recht in aanmerking komt, merkt het Hof op, dat de vrouw gedurende dat verlof beschermd is tegen ontslag wegens afwezigheid en dat het in strijd zou zijn met de beschermingsdoelstelling van artikel 2, lid 3, van de richtlijn, waarbij nationale maatregelen betreffende de bescherming van de vrouw worden toegestaan, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft, en deze bepaling haar nuttige werking zou verliezen, indien afwezigheid gedurende deze periode in aanmerking kon worden genomen ter rechtvaardiging van een later ontslag. [32]

Buiten de door de lidstaten vastgestelde periode van zwangerschapsverlof, en bij gebreke van nationale of communautaire bepalingen die vrouwen een bijzondere bescherming garanderen, ontleent de vrouwelijke werknemer daarentegen aan richtlijn 76/207 geen bescherming tegen ontslag ten gevolge van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap.

48. Het Hof leidt uit een en ander af, dat „het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling er niet aan in de weg staat, dat de afwezigheid van een vrouwelijke werknemer vanaf het begin van haar zwangerschap tot het begin van het zwangerschapsverlof, in aanmerking wordt genomen voor de berekening van de periode die haar ontslag naar nationaal recht rechtvaardigt", en antwoordt aan de nationale rechter, dat, behoudens bepalingen van nationaal recht, vastgesteld ter uitvoering van artikel 2, lid 3, van de richtlijn, artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van de richtlijn zich niet verzet tegen ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zelfs indien deze ziekte is opgetreden tijdens de zwangerschap en tijdens en na het zwangerschapsverlof heeft voortgeduurd. [33]

49. Ik moet bekennen, dat ik het ronduit moeilijk vind deze beweringen te rijmen met de tot de uitspraak van het arrest Larsson door het Hof gevolgde lijn, zoals deze hiervóór is uiteengezet. Niet alleen lijkt het Hof in het arrest Larsson een standpunt te

31 — Arrest Larsson, aangehaald in voetnoot 29, punt 17.

32 — Ibidem, punt 22.

33 — Ibidem, punten 24 en 26.

verdedigen dat in strijd is met dat wat uit een eenvoudige lezing van zijn eerdere beslissingen moet worden afgeleid; het weerspreekt ook rechtstreeks de uitlegging die aan die beslissingen is gegeven door zowel zijn advocaten-generaal als de talrijke schrijvers die de uitspraken hebben becommentarieerd.

Ook hier merk ik met een zekere bezorgdheid op, dat het Hof, wanneer het in punt 20 verklaart, dat de richtlijn zich niet verzet tegen ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zelfs indien deze ziekte is opgetreden tijdens de zwangerschap en tijdens en na het zwangerschapsverlof heeft voortgeduurd, nalaat aan te geven, op welk moment de afwezigheden zich hebben voorgedaan.

Hetzelfde geldt voor punt 23, waar het Hof opmerkt dat buiten de periode van zwangerschapsverlof, en bij gebreke van nationale of communautaire bepalingen, de vrouwelijke werknemer aan richtlijn 76/207 geen bescherming ontleent tegen ontslag ten gevolge van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap.

Evenzo laat het Hof in punt 24, waar het concludeert dat het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling er niet aan in de weg staat, dat de afwezigheid van een vrouwelijke werknemer vanaf het begin van haar zwangerschap tot het begin van het zwangerschapsverlof, in aanmerking wordt genomen voor de berekening van de periode die haar ontslag rechtvaardigt, na te preciseren, dat het gaat om een afwezigheid wegens een door zwangerschap veroorzaakte ziekte.

Tot slot geeft het dictum van het arrest geen volledig antwoord op de vraag van de nationale rechter: die vraag had immers betrekking op ontslag wegens *afwezigheid na afloop van het zwangerschapsverlof*, indien deze afwezigheid wordt veroorzaakt door een ziekte welke is opgetreden tijdens de zwangerschap en die heeft voortgeduurd tijdens en na het zwangerschapsverlof, met dien verstande dat *het ontslag heeft plaatsgevonden na afloop van het zwangerschapsverlof*, terwijl het Hof antwoordde, dat de bepalingen van de richtlijn zich niet verzetten tegen ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zelfs indien deze ziekte is opgetreden tijdens de zwangerschap en tijdens en na het zwangerschapsverlof heeft voortgeduurd. In het antwoord wordt dus niets gezegd over het tijdstip van de afwezigheid, noch over dat van het ontslag.

50. Gezien de tekortkomingen van het arrest Larsson ben ik van mening, dat op basis van deze uitspraak alleen niet kan worden gezegd, dat het Hof in zijn rechtspraak een draai van 180° heeft willen maken. Voor de rechtszekerheid acht ik het daarom van het grootste belang, dat het Hof zich duidelijk uitspreekt over het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in verband met ontslagen van vrouwelijke werknemers tijdens de zwangerschap of na het zwangerschapsverlof, waarvoor de door de zwangerschap veroorzaakte tijdvakken van arbeidsongeschiktheid vóór het begin van het

zwangerschapsverlof in aanmerking zijn genomen. Dit nu is precies wat in het geval van verzoekster is gebeurd.

51. Het gaat hier uiteindelijk om de op ons allen rustende taak, de overblijfselen uit de weg te ruimen van de discriminatie waarvan de vrouw door de eeuwen heen het slachtoffer is geweest [34], een taak die door de instellingen van de Europese Unie zo serieus wordt genomen.

C — *De eerste prejudiciële vraag van het House of Lords: ontslag van een zwangere vrouw wegens een door de zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid*

52. Met deze vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of het met het in richtlijn 76/207 neergelegde beginsel van gelijke behandeling in strijd is, een werkneemster tijdens haar zwangerschap te ontslaan op grond van afwezigheden wegens een door die zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, en of het voor de beantwoording van deze vraag verschil maakt, dat het ontslag plaatsvindt krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan.

53. Zeker is, dat de toepassing van het gemeenschapsrecht aan het ontslag van verzoekster in de weg zou hebben gestaan, indien op het tijdstip waarop de complicaties in haar zwangerschap optraden, de termijn voor omzetting in nationaal recht van de bepalingen van richtlijn 92/85 reeds was verstreken. Die richtlijn was toen echter nog niet eens vastgesteld. In casu is dus uitsluitend richtlijn 76/207 van toepassing.

54. Ik herinner eraan, dat volgens artikel 5 van richtlijn 76/207 de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, inhoudt, dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht.

Ervan uitgaande dat gelijkheid, zoals gedefinieerd door het Constitutionele Hof van een van de lidstaten, „niet een realiteit of een abstract mathematisch begrip is, maar een ongelijke behandeling van wat ongelijk is of een gelijke behandeling van wat vergelijkbaar of soortgelijk is" [35], en gelet op de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke „er slechts sprake [is] van discriminatie, wanneer

34 — Als voorbeeld citeer ik uit D. Miguel de Cervantes Saavedra, hoofdstuk LI van het eerste deel van zijn werk *De geestrijke ridder Don Quichot van de Mancha*, waarin de geitenhoeder, verhalende over Leandra, spreekt van „de natuurlijke aard van de vrouw, die wat de meesten betreft grillig en onbezonnen pleegt te zijn". Vervolgens volgt hij een gemakkelijker en naar zijn mening zekerder weg, namelijk door „kwaad te spreken van de lichtzinnigheid der vrouwen, van haar onstandvastigheid, van haar dubbelzinnig optreden, van haar ijdele beloften, van haar trouwbreuk, en ten slotte van de weinige redelijkheid die zij tonen wanneer zij haar zinnen en gedachten richten". (Vertaling door J. W. F. Werumeus Buning en C. F. A. van Dam, 11e druk, Amsterdam: Querido, 1992.)

35 — Arrest van het Tribunal Constitucional español, 29/1987, van 6 maart 1987, paragraaf 5b (*BOE* van 24 maart 1987).

verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties" [36], zal ik hierna onderzoeken, of het ontslag van een zwangere vrouw op grond van de door haar toestand veroorzaakte arbeidsongeschiktheid onder dezelfde omstandigheden plaatsvindt als het ontslag van een man wegens een door ziekte veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van dezelfde duur.

55. Anders dan het geval was bij mevrouw Hertz, wier door de bevalling veroorzaakte arbeidsongeschiktheid enige tijd na het einde van haar zwangerschapsverlof begon, kwamen de complicaties die tijdens verzoeksters zwangerschap optraden en die haar gedurende een groot deel van die zwangerschap beletten te werken, al in een zeer vroeg stadium aan het licht. Blijkens het dossier was zij niet in staat te werken gedurende de 26 weken die volgens de door Rentokil in de arbeidsovereenkomsten opgenomen clausule haar ontslag rechtvaardigden, en duurde het daarna nog zes weken voordat zij beviel. Gelet op het feit dat de gemiddelde duur van een zwangerschap 38 weken is, betekent dit dat zij alleen de eerste vijf of zes weken van haar zwangerschap heeft kunnen werken.

56. Ik vraag mij af, of het thans nog nodig is het zo vanzelfsprekende feit te herhalen, dat zwangerschap een situatie is die alleen vrouwen treft, aangezien uitsluitend vrouwen zich in deze toestand kunnen bevinden. Behalve een biologische situatie die bij uitsluiting is voorbehouden aan vrouwen, is zwangerschap een periode van beperkte duur, tijdens welke zich niet alleen de welbekende ochtendmisselijkheid kan voordoen, maar ook complicaties kunnen optreden als een dreigende miskraam of met stress verband houdende voortijdige weeën, die van dien aard kunnen zijn dat de vrouw absolute rust moet houden gedurende een periode die kan gaan van twee à drie maanden tot zelfs de gehele duur van de zwangerschap.

57. In het zo dikwijls aangehaalde arrest Hertz heeft het Hof met klem verklaard: „Het ontslag van een vrouwelijke werknemer wegens herhaald ziekteverlof *dat niet zijn oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling*, vormt (...) geen discriminatie op grond van geslacht, wanneer een dergelijk herhaald ziekteverlof onder dezelfde omstandigheden ook tot ontslag van een mannelijke werknemer zou leiden." [37]

58. Maar kan worden gezegd, dat het ontslag van een zwangere werkneemster wegens herhaald ziekteverlof *dat zijn oorsprong vindt in de zwangerschap*, onder dezelfde omstandigheden plaatsvindt als het ontslag van een man die even lang met ziekteverlof is geweest? Volgens mij niet.

36 — Arrest van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30).

37 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 14.

59. Zonder mij te willen begeven op het terrein van de medici, wil ik er toch op wijzen, dat ofschoon, zoals het Hof in het arrest Webb heeft verklaard, zwangerschap op geen enkele wijze vergelijkbaar is met een toestand van ziekte [38], iedereen weet dat er zogeheten „risicozwangerschappen" bestaan, bijvoorbeeld — en dit is geen uitputtende opsomming — wanneer de vrouw eerder is bevallen van een te vroeg of dood geboren kind, wanneer de placenta zich lager bevindt dan normaal, wanneer de vrouw een ivf-behandeling heeft ondergaan of wanneer zij een hartkwaal heeft of aan diabetes lijdt. Het kenmerk van deze zwangerschappen is niet, dat zij de vrouw „ziek" maken, maar dat zij in de regel meebrengen, dat de vrouw zich aan strenge medische controle moet onderwerpen en, in sommige van de genoemde gevallen, gedurende een aantal maanden, soms zelfs gedurende de gehele duur van de zwangerschap, absolute rust moet houden. [39]

Ik ben het er niet mee eens, dat in dergelijke situaties, waarin de vrouw niet aan enige ziekte lijdt, doch enkel zwanger is, kan worden gezegd, dat zij in geval van ontslag wegens herhaald ziekteverlof wordt ontslagen onder dezelfde omstandigheden als een man die even lang afwezig is geweest wegens ziekte. Dezelfde redenering gaat op wanneer de arbeidsongeschiktheid een gevolg is van het feit dat de zwangerschap een reeds bestaande ziekte heeft verergerd of heeft geleid tot een toestand die als een echte ziekte kan worden aangemerkt.

60. Immers, ofschoon de situatie van een zwangere werkneemster die door haar zwangerschap wordt belet te werken, en die van een zieke werknemer met elkaar gemeen hebben, dat beide werknemers tijdelijk niet in staat zijn de verplichtingen uit hoofde van hun arbeidsovereenkomst na te komen, bestaan tussen die situaties ook belangrijke verschillen: uitsluitend vrouwen kunnen zich tijdens hun beroepsleven soms in een situatie bevinden waarin zij wegens een door zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid niet in staat zijn te werken; bovendien zal in de meeste gevallen aan die arbeidsongeschiktheid een einde komen op een — met meer of minder nauwkeurigheid — vooraf bepaalde datum, die van de bevalling.

61. Met deze factoren lijkt rekening te zijn gehouden in het interne recht dat ten tijde van de feiten van het hoofdgeding in het merendeel van de lidstaten van toepassing was. De verschillende wettelijke regelingen kwamen in grote lijnen met elkaar overeen en verschilden totaal van de in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland gekozen oplossing.

Zo genoten in Duitsland zwangere vrouwen vanaf het begin van de zwangerschap tot na de bevalling een specifieke bescherming, voor zover gedurende die periode voor ontslag een administratieve vergunning vereist was; in Denemarken achtte het Ministerie van Werkgelegenheid het discriminerend, wanneer in verband met ontslag rekening werd gehouden met afwezigheden die het gevolg waren van door zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, vóór de bevalling; in Frankrijk kon een werkgever een zwangere vrouw niet ontslaan gedurende haar zwangerschapsverlof, noch gedurende de vier weken daarna; in Griekenland mocht een vrouw niet worden ontslagen tijdens haar zwangerschap en gedurende de periode tot een jaar na de bevalling, noch wegens afwezigheden die het gevolg waren van een

38 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 25.

39 — Het aantal vrouwen dat als gevolg van zwangerschap zo lang arbeidsongeschikt is, is gelukkig niet groot: volgens berekeningen betreft het hier tussen 10 en 15 % van de zwangere vrouwen.

door de zwangerschap of de bevalling veroorzaakte arbeidsongeschiktheid; in Italië gold het ontslagverbod vanaf het begin van de zwangerschap tot de eerste verjaardag van het kind, waarbij die regel in de rechtspraak aldus werd uitgelegd, dat de vrouw gedurende die periode evenmin kon worden ontslagen op grond dat zij meer dan het maximaal toegestane aantal dagen met ziekteverlof was geweest; in Nederland gold het ontslagverbod vanaf het begin van de zwangerschap tot zes weken na het einde van het zwangerschapsverlof; in Portugal was ontslag van een werknemer wegens arbeidsongeschiktheid enkel mogelijk in geval van absolute en definitieve arbeidsongeschiktheid, waarbij voor zwangere vrouwen gold, dat zij niet mochten worden ontslagen indien de arbeidsongeschiktheid een gevolg was van de zwangerschap of van een met de zwangerschap verband houdende ziekte. In Spanje ten slotte bestond er weliswaar geen specifieke wettelijke regeling die zwangere vrouwen ontslagbescherming bood, maar volgens de rechtspraak mocht een vrouwelijke werknemer niet worden ontslagen wegens afwezigheden die het gevolg waren van een arbeidsongeschiktheid die haar oorsprong vond in een risicozwangerschap of in een met zwangerschap verband houdende ziekte.

Wat de drie nieuwe lidstaten betreft: in Oostenrijk genoten vrouwen een specifieke bescherming vanaf het begin van hun zwangerschap tot na de bevalling, voor zover zij gedurende die periode uitsluitend met toestemming van de rechter konden worden ontslagen; in Finland was voor ontslag van een werknemer wegens arbeidsongeschiktheid vereist, dat er sprake was van een substantiële en permanente vermindering van de geschiktheid om te werken; in Zweden ten slotte was arbeidsongeschiktheid wegens ziekte geen grond voor ontslag indien genezing van de werknemer waarschijnlijk was, en kon een vrouw niet worden ontslagen wegens een door zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid.

62. Verweerster betoogt, dat het ontslag van verzoekster te wijten was aan het „abnormale" karakter van haar zwangerschap. Zij stelt, dat indien verzoekster wegens de oorsprong van haar arbeidsongeschiktheid anders werd behandeld dan zwangere werkneemster die niet door hun zwangerschap worden belet te werken, of dan zieke werknemers, er sprake zou zijn van positieve discriminatie ten gunste van slechts een bepaalde groep vrouwen.

Ik kan het om twee redenen niet met deze zienswijze eens zijn. Ten eerste omdat in het oog moet worden gehouden, dat richtlijn 76/207 het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de toegang tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, formuleert, en dat het geen zin heeft, bij het zoeken naar een vergelijkingsparameter parallellen of verschillen vast te stellen tussen twee zwangere vrouwen met meer of minder gemakkelijke of problematische zwangerschappen, aangezien het referentiepunt nog steeds de mannelijke werknemer is. Ten tweede omdat, zoals ik in het voorgaande punt opmerkte, in verband met ontslag de situatie van een zwangere vrouw die door haar zwangerschap wordt belet te werken, en die van een zieke man niet vergelijkbaar zijn, in het licht van het in genoemde richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling.

63. Ik ben het evenmin eens met het standpunt van het Verenigd Koninkrijk, dat voorstelt een onderscheid te maken tussen enerzijds ontslag van een vrouw wegens de normale risico's en de gebruikelijke kwalen die bij zwangerschap en bevalling optreden, zoals afwezigheid van het werk in verband met de regelmatige zwangerschapscontroles en korte afwezigheden als gevolg van ochtendmisselijkheid, en anderzijds ontslag van een vrouw wegens een ziekte die al dan niet verband houdt met zwangerschap. Dit voorstel lijkt te zijn terug te voeren op de punten 47 en 48 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaken Dekker en Hertz, waarin deze in het kader van de zaak Hertz sprak over de mogelijkheid om de duur van de aan moederschap verschuldigde bescherming te bepalen. [40]

64. Nog afgezien van het feit dat het mij onwaarschijnlijk lijkt, dat een vrouw zou worden ontslagen wegens afwezigheden van het werk in verband met de regelmatige zwangerschapscontroles, of wegens korte afwezigheden als gevolg van ochtendmisselijkheid [41], ben ik van mening dat het door het Verenigd Koninkrijk verdedigde standpunt gebaseerd is op een uitlegging waarbij het genoemde onderdeel van de conclusie uit zijn verband is getrokken. Zoals ik in punt 30 al zei, stelt Darmon inderdaad voor, een onderscheid te maken tussen enerzijds de normale zwangerschaps- en bevallingsrisico's, dat wil zeggen 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 op dezelfde wijze moeten worden behandeld als de „gewone" ziektes.

Men mag echter niet uit het oog verliezen, dat mevrouw Hertz was ontslagen wegens een arbeidsongeschiktheid die, ofschoon een gevolg van haar bevalling, haar niet had belet te werken tot een jaar na het einde van haar zwangerschapsverlof. Volgens mij is dit de reden waarom de advocaat-generaal later nog toevoegt, dat wanneer de werkneemster haar aanspraken op de verschillende wettelijke zwangerschaps- en moederschapsverloven heeft uitgeput, 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 kunnen worden gerekend.

65. Ik meen dan ook, dat indien men een onderscheid wil maken tussen de normale zwangerschaps- en bevallingsrisico's en de ziektes die niet zijn aan te merken als normale zwangerschapsrisico's, een chronologische benadering moet worden gekozen: de eerste zijn noodzakelijkerwijze die welke optreden terwijl de vrouw zich in een van die omstandigheden bevindt, dat wil zeggen terwijl zij zwanger is of zwangerschapsverlof heeft; de tweede zijn al die ziektes welke optreden nadat het zwangerschapsverlof is afgelopen, ook al kunnen zij een gevolg zijn van de zwangerschap of de bevalling.

40 — Aangehaald in voetnoot 17.

41 — Deze ochtendmisselijkheid kan zeer hevig zijn en ook na de eerste drie maanden blijven voortduren, waarbij soms opname in een ziekenhuis noodzakelijk is.

66. Om de uiteengezette redenen ben ik van mening, dat het ontslag van een vrouw tijdens haar zwangerschap wegens een door haar zwangere toestand veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, voor zover een situatie in aanmerking wordt genomen waarin uitsluitend vrouwen zich kunnen bevinden, een met artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 strijdige rechtstreekse discriminatie oplevert.

67. De door mij voorgestane uitlegging is in mijn ogen de enig mogelijke uitlegging van artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 en van de lijn die het Hof tot het arrest Larsson in zijn rechtspraak heeft gevolgd. Zo dit niet het geval was en de toekomstige arbeidsmogelijkheden van een zwangere werkneemster dus hiervan konden afhangen, of haar zwangerschap zonder al te veel complicaties verloopt, zou ik wel moeten concluderen, dat — ik parafraseer hier Papinianus — ondanks het verstrijken van de eeuwen „op veel punten van ons [gemeenschaps-]recht de positie van de vrouw inferieur is aan die van de man". [42]

68. De nationale rechter vraagt ook, of het voor dit antwoord verschil maakt, dat het ontslag plaatsvindt krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan.

69. Volgens mij kan uit bovenstaande redenering reeds worden afgeleid, dat de omstandigheid dat het ontslag plaatsvindt krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegde periode van ziekteverlof te ontslaan, geen enkele invloed heeft op het eerdere antwoord.

Die contractuele bepaling, die gelijkelijk geldt voor mannen en vrouwen en die door zwangerschap veroorzaakte arbeidsongeschiktheid gewoon op één lijn stelt met arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte, vormt een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht, aangezien dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties, voor zover voor de berekening van de tijdvakken van arbeidsongeschiktheid die het ontslag rechtvaardigen, rekening wordt gehouden met een beletsel om te werken waardoor uitsluitend vrouwen kunnen worden getroffen.

70. Het feit dat de regel een clausule in de arbeidsovereenkomst is, is in dit verband irrelevant. In de eerste plaats zijn de lidstaten ingevolge artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 76/207 verplicht erop toe te zien, dat de met het beginsel van gelijke behandeling strijdige bepalingen die voorkomen in, onder meer, individuele arbeidsovereenkomsten, nietig zijn, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden. In de tweede plaats heeft het Hof reeds gepreciseerd, dat „elke nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan, dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen". [43] Ten slotte geldt de uit een

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, vol I, Book One (Human Status), blz. 16: „In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum."

43 — Arrest van 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 20).

richtlijn voortvloeiende verplichting der lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de verplichting krachtens artikel 5 van het Verdrag, om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Dit betekent, dat bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, de nationale rechter dit zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, van het Verdrag te voldoen. [44]

71. Gelet op het door mij voorgestelde antwoord op de eerste vraag van de nationale rechter, behoeft de tweede vraag mijns inziens niet te worden beantwoord. Toch zal ik op die vraag ingaan, voor het geval het Hof een andere mening zou zijn toegedaan.

D — *De tweede prejudiciële vraag van het House of Lords: ontslag van een zwangere vrouw in het tijdvak gedurende hetwelk zij, indien zij aan de in nationale wettelijke regeling geformuleerde voorwaarden had voldaan, afwezig had mogen zijn van haar werk wegens zwangerschap en bevalling*

72. Met zijn tweede vraag vraagt de nationale rechter, of het met het in richtlijn 76/207 neergelegde beginsel van gelijke behandeling in strijd is, dat een werkneemster die niet voldoet aan de in de nationale wettelijke regeling geformuleerde voorwaarden betreffende het minimumtijdvak van tewerkstelling dat vereist is om een recht op afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling te doen ontstaan, op grond van afwezigheid wegens een door zwangerschap veroorzaakte ziekte wordt ontslagen in het tijdvak gedurende hetwelk zij anders van dat recht gebruik had mogen maken, en of het voor de beantwoording van deze vraag enig verschil maakt, dat de werkneemster wordt ontslagen krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan.

73. Uit de gegevens in de verwijzingsbeschikking leid ik af, dat de nationale rechter met deze vraag wenst te vernemen, of richtlijn 76/207 aldus moet worden uitgelegd, dat zij de lidstaten de verplichting heeft opgelegd om in hun nationale recht te bepalen, dat werkneemsters recht hebben op een periode van afwezigheid van hun werk wegens het enkele feit dat zij een kind krijgen, zonder dat de uitoefening van dat recht van andere voorwaarden afhankelijk kan worden gesteld.

74. Doel van richtlijn 76/207 is de toepassing in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden. Volgens artikel 2, lid 3, van de richtlijn staan de bepalingen van de richtlijn er echter niet aan in de weg, dat de lidstaten vrouwen

44 — Arrest van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8).

bijzondere rechten toekennen wegens zwangerschap of moederschap. De richtlijn ziet de vaststelling van maatregelen betreffende de bescherming van de vrouw in die situaties dus slechts als een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling; zij verplicht de lidstaten niet, dergelijke wetgeving vast te stellen, noch specificeert zij, waarin bedoelde rechten moeten bestaan en van welke voorwaarden de uitoefening ervan afhankelijk kan worden gesteld.

75. Volgens de rechtspraak van het Hof erkent artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207, door de lidstaten het recht toe te kennen bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat „zwangerschap en moederschap" betreft, in stand te houden of in te voeren, in het verband van het beginsel van gelijke behandeling de wettigheid van de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap, alsmede van de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de zwangerschap en de bevalling. [45]

76. Bovendien herinner ik eraan, dat het Hof in het arrest Hertz heeft overwogen: „De richtlijn [76/207] geldt niet voor gevallen waarin een ziekte haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling. Zij verzet zich evenwel niet tegen nationale bepalingen die vrouwen specifieke rechten op grond van zwangerschap of bevalling toekennen, zoals zwangerschapsverlof. Hieruit volgt, dat de vrouw gedurende het zwangerschapsverlof waarvoor zij naar nationaal recht in aanmerking komt, beschermd is tegen ontslag wegens afwezigheid. Het staat aan iedere lidstaat de periodes van zwangerschapsverlof zodanig vast te stellen, dat vrouwelijke werknemers afwezig kunnen zijn gedurende de periode waarin de met zwangerschap en bevalling verband houdende stoornissen zich voordoen." [46]

77. Volgens de Britse wettelijke regeling die ten tijde van de feiten van het hoofdgeding van toepassing was, had een vrouwelijke werknemer recht op afwezigheid van haar werk vanaf het begin van de elfde week voorafgaand aan de vermoedelijke bevallingsdatum, en op hervatting van haar arbeid binnen de 29 weken na de geboorte van haar kind, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldeed: zij moest tot het begin van die elfde week in de onderneming tewerkgesteld zijn geweest; zij moest op dat tijdstip ten minste twee jaar ononderbroken tewerkgesteld zijn geweest; zij moest zich hebben gehouden aan de procedure betreffende het in kennis stellen van de werkgever, en zij moest, indien haar werkgever daarom had verzocht, een doktersverklaring hebben overgelegd waarin stond aangegeven, voor welke week zij was uitgerekend. [47]

45 — Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25); arresten Habermann-Beltermann, aangehaald in voetnoot 12, punt 21, en Webb, aangehaald in voetnoot 9, punt 20.

46 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 15.

47 — Het betreft hier een wettelijke regeling die buitengewoon ingewikkeld is, zozeer zelfs dat het Employment Appeal Tribunal in de zaak Lavery v Plessey Telecommunications Ltd [1982] ICR 373, 379, uitriep: „These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so."

Blijkens het dossier zou verzoekster, indien zij aan het begin van de elfde week voorafgaand aan de vermoedelijke bevallingsdatum twee jaar bij Rentokil in dienst was geweest, wegens haar aanstaande moederschap van haar werk hebben mogen wegblijven vóór het verstrijken van de periode van 26 weken van ziekteverlof, die in haar geval de aanleiding vormden voor het ontslag. Aangenomen moet derhalve worden, dat verzoekster, indien haar recht op afwezigheid niet afhankelijk was geweest van het vervuld zijn van genoemde voorwaarden, zou zijn bevallen en haar werk binnen de 29 weken na de bevalling had mogen hervatten.

Ook is in de loop van de procedure gebleken, dat verzoekster jegens de staat aanspraak had op de moederschapsuitkering volgens het lagere tarief.

78. Ik vraag mij af, of moet worden aangenomen, dat een vrouw die op het punt staat te bevallen, beschermd is tegen ontslag wegens afwezigheid omdat haar overeenkomst overeenkomstig de nationale wettelijke regeling gedurende een bepaalde periode wordt geschorst, wat noodzakelijkerwijze impliceert dat zij het recht heeft om op haar oude post terug te keren, dan wel of voor die bescherming voldoende is dat zij kan ophouden met werken met recht op een uitkering ten laste van de staat, zonder dat zij gerechtigd is haar werk te hervatten.

79. Naar mijn mening kan als „periode van zwangerschapsverlof" in de zin van de rechtspraak van het Hof, dat wil zeggen die periode waarin de vrouw zich in een specifieke situatie bevindt die bijzondere bescherming verlangt, doch niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man of met die van een vrouw die haar arbeid daadwerkelijk verricht [48], en waarin zij beschermd is tegen ontslag wegens afwezigheid, enkel worden beschouwd de periode die in de nationale wettelijke regeling is vastgelegd in de vorm van een bijzonder recht dat de vrouwelijke werknemer in staat stelt, gedurende een periode van bepaalde duur op te houden met werken, hetzij met behoud van haar volledige salaris of een deel daarvan, hetzij met recht op bepaalde inkomsten in de vorm van een uitkering van sociale zekerheid, zonder dat zij daarbij haar baan kwijtraakt.

80. Echter, de enkele aanspraak van verzoekster — of van iedere andere vrouwelijke werknemer die, evenals bij verzoekster het geval was, niet voldoet aan de voorwaarden waarvan de schorsing van de arbeidsovereenkomst afhankelijk is gesteld — op een moederschapsuitkering ten laste van de staat gedurende een periode van maximaal achttien weken in geval van afwezigheid van het werk in verband met zwangerschap en bevalling, zonder de mogelijkheid om het werk nadien te hervatten, is, in het verband van het beginsel van gelijke behandeling, niet een bijzonder recht ter bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw alsmede van de relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de bevalling.

48 — Arrest van 13 februari 1996, Gillespie (C-342/93, Jurispr. blz. I-475, punt 17).

Het recht om voor onbepaalde tijd te stoppen met werken, met aanspraak op een uitkering ten laste van de staat gedurende een periode van beperkte duur, is immers niet voorbehouden aan vrouwen, noch is voor de uitoefening van dat recht vereist, dat de betrokkene zwanger is of een kind heeft gekregen.

81. De periode van elf weken voorafgaand aan de vermoedelijke bevallingsdatum, gedurende welke verzoekster, zo zij aan de gestelde voorwaarden had voldaan, afwezig had mogen zijn van haar werk, kan in mijn ogen dan ook niet worden beschouwd als een periode waarin zij beschermd was tegen ontslag wegens afwezigheid.

82. Bovendien was richtlijn 92/85, die voorziet in concrete maatregelen ter bescherming, op het niveau van de Gemeenschap, van vrouwen tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, en de lidstaten verplicht om in hun wetgeving te bepalen, dat vrouwelijke werknemers recht hebben op een vóór en/of na de bevalling te nemen zwangerschapsverlof van ten minste veertien aaneengesloten weken, waarvan twee weken verplicht, ten tijde van de feiten van het hoofdgeding nog niet vastgesteld.

83. Om deze redenen ben ik van mening, dat, voor het geval het Hof zou oordelen dat het niet discriminerend is, een zwangere vrouw te ontslaan op grond van afwezigheden wegens een door de zwangerschap veroorzaakte ziekte, moet worden geconcludeerd, dat de bepalingen van richtlijn 76/207 er niet aan in de weg staan, dat een zwangere vrouw die niet voldoet aan de in de nationale wettelijke regeling geformuleerde voorwaarden betreffende het minimumtijdvak van tewerkstelling dat vereist is om een recht op afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling te doen ontstaan, wordt ontslagen in het tijdvak gedurende hetwelk zij anders van dat recht gebruik had mogen maken.

84. Tot slot merk ik op, dat het voor het door mij voorgestelde antwoord op deze vraag geen enkel verschil maakt, dat de werkneemster wordt ontslagen krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan.

VII — Conclusie

Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de eerste vraag van het House of Lords te beantwoorden als volgt:

„1) a) Het ontslag van een vrouw tijdens haar zwangerschap wegens een door haar zwangere toestand veroorzaakte arbeidsongeschiktheid is in strijd met

artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.

b) Het maakt voor het bovenstaande antwoord geen enkel verschil, dat het ontslag plaatsvindt krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ziekteverlof te ontslaan."

Voor het geval het Hof evenwel zou oordelen, dat het niet discriminerend is, een zwangere vrouw wegens een door haar zwangere toestand veroorzaakte arbeidsongeschiktheid te ontslaan, geef ik het in overweging, de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„2) a) Artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207 staat er niet aan in de weg, dat een zwangere vrouw die niet voldoet aan de in de nationale wettelijke regeling geformuleerde voorwaarden betreffende het minimumtijdvak van tewerkstelling dat vereist is om een recht op afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling te doen ontstaan, wordt ontslagen in het tijdvak gedurende hetwelk zij anders van dat recht gebruik had mogen maken.

b) Het maakt voor het bovenstaande antwoord geen enkel verschil, dat het ontslag plaatsvindt krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever het recht heeft werknemers, ongeacht hun geslacht, na een in die bepaling vastgelegd aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan."