

## ANNOTATIES

# Wel goed, niet gek: borstvoedingsverlof voor haar ... en voor hem!

HvJ EG 30 september 2010, zaak C-104/09 (Roca Álvarez)

*P. Foubert*

### 1 De feiten

Pedro Manuel Roca Álvarez is een werknemer van het Madrileense uitzendbureau Sesa Start España. Op 7 maart 2005 vroeg hij een werkonderbreking met behoud van loon aan, gebaseerd op artikel 37 lid 4 van het Spaanse Werknemersstatuut. Deze Spaanse nationale bepaling voorziet in de toekenning van een zogenoemd 'borstvoedingsverlof' of 'lactatieverlof' en luidde, in de versie die van toepassing was op de feiten in het hoofdgeding, als volgt:

'Een werkneemster heeft gedurende de eerste negen levensmaanden van het kind dat zij voedt het recht om de arbeid gedurende een uur te onderbreken, aaneengesloten of in twee keer. Zij kan in de plaats van dit recht desgewenst kiezen voor een half uur arbeidstijdverkorting per dag. Wanneer beide ouders werken kan óf de moeder óf de vader van dit verlof gebruik maken.'<sup>1</sup>

Uit deze tekst blijkt duidelijk dat in casu geen sprake meer was van een 'borstvoedingsverlof' in de echte zin van het woord, maar eerder van een mogelijkheid – voor moeders én vaders – om de dagelijkse arbeidstijd te onderbreken of te verkorten tijdens de eerste levensmaanden van hun kind. De verloffregeling, die aanvankelijk enkel borstvoeding gevende werkneemsters beoogde, was in de loop der jaren losgekoppeld geraakt van het biologische feit bestaande in het geven van borstvoeding, en geëvolueerd naar een meer algemene zorgverloffregeling voor ouders van jonge kinderen.

Niettegenstaande voormelde evolutie wees Sesa Start het verzoek van Roca Álvarez af. Dit had alles te maken met het feit dat de echtgenote van Roca Álvarez zelfstandige arbeid verrichtte, terwijl de hoedanigheid van werknemer van de moeder een noodzakelijke voorwaarde uitmaakte voor het recht op 'borstvoedingsverlof'.

Roca Álvarez kon het met de weigering niet eens zijn en stapte naar de bevoegde rechter in eerste aanleg (Juzgado de lo Social de la Coruña). Deze rechter beperkte

1 Estatuto de los Trabajadores, gewijzigd bij Real Decreto Legislativo nr. 1/1995 van 24 maart 1995, BOE nr. 75 van 29 maart 1995, p. 9654, vertaling overgenomen uit het arrest Roca Álvarez, punt 10.

P. Foubert

zich tot een loutere toepassing van het Werknemersstatuut en oordeelde dat Roca Álvarez – bij gebreke van een (zelfstandig) recht voor de moeder – als vader niet beschikte over een (afgeleid) recht. Tegen deze beslissing ging Roca Álvarez in beroep bij de Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Deze rechter was de mening toegedaan dat de verzoeker enkel een (zelfstandig) recht op ‘borstvoedingsverlof’ kon claimen indien het in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers zou blijken te zijn om een (zelfstandig) recht op ‘borstvoedingsverlof’ uitsluitend aan de moeder toe te kennen. Daarop heeft de Spaanse rechter in hoger beroep de behandeling van de zaak geschorst en een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie.

## 2 De toepasselijke Europeesrechtelijke bepalingen: Richtlijn 76/207

Gelet op het feit dat Pedro Manuel Roca Álvarez het ‘borstvoedingsverlof’ aanvroeg op 7 maart 2005, moest de zaak worden bekeken vanuit het oogpunt van Richtlijn 76/207 inzake de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers.<sup>2</sup>

De eerste voor deze zaak relevante bepaling is artikel 1 lid 1, dat het principe van de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers vestigt:

‘Deze richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid. Dit beginsel wordt hierna “beginsel van gelijke behandeling” genoemd.’

Artikel 2 van Richtlijn 76/207 voorziet in een aantal voor deze zaak relevante rechtvaardigingsmogelijkheden voor gevallen van ongelijke behandeling:

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

[...]

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

4. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzon-

2 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, PbEG 1976, L 39/40.

Wel goed, niet gek: borstvoedingsverlof voor haar ... en voor hem!

der door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.’

Artikel 5 van Richtlijn 76/207 ten slotte concretiseert een en ander als volgt:

- 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) de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden herzien die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die aanvankelijk werden gemotiveerd door beschermende bedoelingen welke niet meer gefundeerd zijn; dat voor de soortgelijke contractuele bepalingen de sociale partners worden aangezet om tot de gewenste herziening over te gaan.’

Richtlijn 76/207 werd weliswaar gewijzigd door Richtlijn 2002/73,<sup>3</sup> maar de omzettingstermijn van deze wijzigingsrichtlijn verstreek op 5 oktober 2005, dat wil zeggen nadat Roca Álvarez zijn verzoek tot toekenning van werkonderbreking had ingediend. In zijn arrest ging het Hof van Justitie er dan ook van uit dat de wijzigingsrichtlijn *ratione temporis* niet van toepassing was op het onderhavige geval. Advocaat-generaal Juliane Kokott merkte in haar conclusie van 6 mei 2010 zijdelings op dat Richtlijn 2002/73 de relevante bepalingen van Richtlijn 76/207 niet noemenswaardig heeft aangepast.<sup>4</sup> Bijgevolg, zo concludeerde het Hof, geldt de in het arrest Roca Álvarez gegeven interpretatie ook voor Richtlijn 76/207 zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73.<sup>5</sup>

Voor de goede orde dient hier ook vermeld dat Richtlijn 76/207, zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73, intussen – samen met een aantal andere richtlijnen inzake de gelijke behandeling van vrouwen en mannen – is ingetrokken door

3 Richtlijn 2002/73 van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad 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, PbEG 2002, L 269/15.

4 Punt 23 van de conclusie.

5 Punt 41 van het arrest Roca Álvarez.

P. Foubert

Richtlijn 2006/54,<sup>6</sup> en dit met ingang van 15 augustus 2009. Richtlijn 2006/54 heeft het Europese recht inzake de non-discriminatie van mannen en vrouwen in arbeid en beroep gemoderniseerd en verbeterd: de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie werd erin geïntegreerd en de terminologie werd afgestemd op recentere Europese wetgeving inzake gelijke behandeling.<sup>7</sup> Het Hof heeft geen uitspraak gedaan over de mogelijke betekenis van het arrest Roca Álvarez voor de interpretatie van Richtlijn 2006/54. Ondanks het feit dat de formulering van de voor deze zaak relevante bepalingen werd aangepast in Richtlijn 2006/54, lijkt het erop dat de filosofie van het arrest Roca Álvarez stand kan houden voor zaken waarvan de feiten *ratione temporis* gevat zullen worden door de nieuwe Richtlijn 2006/54. Uiteindelijk heeft Richtlijn 2006/54 slechts zeer milde inhoudelijke aanpassingen doorgevoerd.<sup>8</sup>

### 3 Het arrest van het Hof van Justitie d.d. 30 september 2010

#### 3.1 Een ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers

Het Hof van Justitie vertrok voor de beantwoording van de prejudiciële vraag van artikel 5 lid 1 Richtlijn 76/207, dat inhoudt dat mannen en vrouwen recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden zonder discriminatie op grond van geslacht.

Aangezien het Spaanse ‘borstvoedingsverlof’ concreet de vorm aannam van een toestemming om de dagelijkse arbeidstijd te onderbreken of te verkorten, ging het hier in feite, aldus het Hof, om een maatregel die leidt tot een wijziging van de arbeidstijd. De regeling van het Spaanse ‘borstvoedingsverlof’ raakte volgens het Hof dus aan de ‘arbeidsvoorwaarden’ in de zin van artikel 5 lid 1 Richtlijn 76/207. Vervolgens stelde het Hof vast dat deze regeling tot wijziging van de arbeidstijd in beginsel werd voorbehouden voor moeders in loondienst. Vaders in loondienst konden weliswaar ook aanspraak maken op deze regeling, maar enkel wanneer ook de moeder van het kind was tewerkgesteld als werkneemster. Vaders hadden met andere woorden slechts een afgeleid recht en geen zelfstandig recht op de verlofregeling.

Deze vaststelling bracht het Hof vrij gemakkelijk tot de conclusie dat er sprake was van een ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers in de zin van artikel 2 lid 1 Richtlijn 76/207.<sup>9</sup> Immers, zo overwoog het Hof, bevinden

[e]en mannelijke en een vrouwelijke werknemer, die vader en moeder van jonge kinderen zijn, [...] zich [...] in een vergelijkbare situatie wat de behoefte

6 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), PbEG 2006, L 204/23.

7 A. Numhauser-Henning, EU sex equality law post Amsterdam, in: H. Meenan (red.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 145-177.

8 Numhauser-Henning 2007, p. 164.

9 Punt 25 van het arrest Roca Álvarez.

Wel goed, niet gek: borstvoedingsverlof voor haar ... en voor hem!

betreft die zij mogelijkserwijs ervaren om hun dagelijkse arbeidstijd te verkorten, teneinde voor die kinderen te kunnen zorgen [...]’.<sup>10</sup>

### 3.2 Een ongelijke behandeling die niet te rechtvaardigen valt

Vervolgens ging het Hof in op twee mogelijkheden tot rechtvaardiging van een dergelijke ongelijke behandeling, opgenomen in artikel 2 lid 3 en 4 Richtlijn 76/207.

Artikel 2 lid 3 heeft het over de toelaatbaarheid van ‘bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft’. Het Hof gaf aan dat lidstaten op basis van deze bepaling het recht hebben regels in stand te houden of in te voeren die de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap beogen, alsmede de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de bevalling.<sup>11</sup>

Het Hof oordeelde echter dat in casu helemaal geen sprake kon zijn van een maatregel gericht op een dergelijke bescherming. Doordat het Spaanse ‘borstvoedingsverlof’ zonder onderscheid kon worden opgenomen door de in loondienst werkzame moeder of vader, heeft de Spaanse overheid – aldus het Hof – zelf aangegeven dat zowel de moeder als de vader zich met de voeding van en de zorg voor een kind kan bezighouden. Het Hof besloot als volgt:

‘Dit verlof lijkt dus te worden toegekend aan de werknemers in hun hoedanigheid van ouders en kan bijgevolg niet worden geacht de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw na haar zwangerschap of van de bijzondere relatie tussen de moeder en haar kind te verzekeren.’<sup>12</sup>

Het Hof zag in dit verband een duidelijk verschil tussen de zaak Roca Álvarez en de veel oudere zaak Hofmann,<sup>13</sup> waar een Duitse nationale regeling voorzag in de toekenning van een aanvullend moederschapsverlof in aansluiting op de termijn van het statutaire zwangerschapsverlof. Dat aanvullende moederschapsverlof werd voorbehouden aan de moeder, met *uitsluiting* van ieder ander.<sup>14</sup> In Hofmann oordeelde het Hof dat de ter discussie staande nationale verlofregel wél kon worden gerechtvaardigd op grond van artikel 2 lid 3 Richtlijn 76/207, en wel op grond van de volgende – nadien fel bekritiseerde<sup>15</sup> – overwegingen:

‘Voorts zij er met name ten aanzien van lid 3 op gewezen dat in de richtlijn, waarin aan de lidstaten het recht wordt voorbehouden om bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat “zwangerschap en moederschap” betreft, in stand te houden of in te voeren, tweemaal bescherming

10 Punt 24 van het arrest Roca Álvarez.

11 Punt 27 van het arrest Roca Álvarez.

12 Punt 31 van het arrest Roca Álvarez.

13 HvJ EG 12 juli 1984, zaak 184/83 (Hofmann).

14 Punt 30 van het arrest Roca Álvarez.

15 Zie bijvoorbeeld P. Foubert, *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 132-136.

P. Foubert

van de vrouw, getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, rechtmatig werd bevonden. Enerzijds heeft men de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na de zwangerschap willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld, anderzijds heeft men de bijzondere relatie tussen moeder en kind willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening willen voorkomen.

In beginsel valt derhalve een maatregel als het in aansluiting aan het zwangerschapsverlof aan de vrouw in uitzicht gestelde moederschapsverlof onder artikel 2, lid 3, van richtlijn nr. 76/207, omdat het de vrouw zowel wat de gevolgen van de zwangerschap betreft als in haar hoedanigheid van moeder wil beschermen. Daarom kan zulk een verlof aan de moeder, met uitsluiting van ieder ander, worden voorbehouden, immers alleen de moeder kan onder de ongewenste pressie van voortijdige werkhervatting komen te staan.<sup>16</sup>

Omdat de rechtvaardigingsmogelijkheid van artikel 2 lid 3 in de zaak Roca Álvarez geen soelaas kon bieden, bekeek het Hof de mogelijkheden van artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207. Deze bepaling laat maatregelen toe die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden nadelig beïnvloeden. Het gaat hier met andere woorden om een bepaling die maatregelen van 'positieve discriminatie' toelaat. Het Hof bracht zijn vaste rechtspraak in herinnering waaruit blijkt dat deze bepaling een nauwkeurig bepaald en beperkt doel heeft, met name het toestaan van maatregelen die, hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid gericht zijn op het opheffen of verminderen van bestaande feitelijke ongelijkheden. Aldus wordt een materiële eerder dan een formele gelijkheid beoogd. Deze bepaling, zo stelde het Hof, aanvaardt nationale maatregelen die in het bijzonder vrouwen bevoordelen met het doel hen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen.<sup>17</sup>

Op het eerste gezicht kan het Spaanse 'borstvoedingsverlof' inderdaad leiden tot de bevoordeling van vrouwen, doordat in loondienst werkzame moeders de mogelijkheid wordt geboden hun baan te behouden en tegelijk tijd te besteden aan hun kind. Dit effect, zo voerde het Hof aan, wordt nog versterkt door het feit dat de vader, zo hij zelf werknemer in loondienst is, dat verlof kan opnemen in de plaats van de moeder, zodat de zorg en aandacht voor het kind geen nadelige gevolgen hebben voor haar baan.<sup>18</sup> Toch kon het Spaanse 'borstvoedingsverlof' volgens het Hof niet worden gerechtvaardigd op basis van artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207. Het centrale argument van het Hof luidde als volgt:

'Het door de Spaanse regering ingenomen standpunt, dat alleen de in loondienst werkzame moeder houdster is van het recht op het in het hoofdgeding

16 Punten 25 en 26 van het arrest Hofmann.

17 Punt 33 van het arrest Roca Álvarez.

18 Punt 35 van het arrest Roca Álvarez.

Wel goed, niet gek: borstvoedingsverlof voor haar ... en voor hem!

aan de orde zijnde verlof, terwijl de vader die zich in dezelfde beroepssituatie bevindt, slechts gebruik kan maken van dat recht zonder houder ervan te zijn, leidt echter veeleer tot de bestending van een traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen, aangezien daarbij mannen bij de uitoefening van het ouderschap een ondergeschikte rol aan die van vrouwen blijven spelen [...].

Zoals benadrukt door de advocaat-generaal in punt 47 van haar conclusie, kan het feit dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verlof aan in loondienst werkzame vaders wordt geweigerd op de enkele grond dat de moeder van het kind niet in loondienst werkzaam is, ertoe leiden dat een vrouw als de moeder van Roca Álvarez' kind, die zelfstandige is, zich ertoe verplicht ziet, haar beroepsactiviteit te beperken en de aan de geboorte van haar kind verbonden belasting in haar eentje te dragen, zonder dat zij op hulp van de vader kan rekenen.<sup>19</sup>

De conclusie van het Hof van Justitie luidde dan ook dat een verlofregeling zoals voorlag in deze zaak de toets van Richtlijn 76/207 niet kon doorstaan en aldus moest worden geacht een ongelijke behandeling uit te maken van mannelijke en vrouwelijke werknemers met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden.<sup>20</sup>

#### 4 Commentaar

Dat het Hof van Justitie, samen met advocaat-generaal Kokott, stelt dat mannen en vrouwen zich voor wat betreft de zorg voor jonge kinderen in een volledig vergelijkbare positie bevinden, en dus gelijk behandeld moeten worden, is toe te juichen. Het is bovendien zeer opvallend dat het Hof zich in deze zaak een instelling heeft getoond die zich meer en meer bewust is van het dubbele discriminatoire gevolg van bepaalde regelingen. Uit het laatst weergegeven citaat kan enkel de conclusie volgen dat het Hof goed beseft dat bepaalde maatregelen ter bescherming van werknemers in de eerste plaats de mannelijke werknemers kunnen benadelen, maar in de tweede plaats ook de positie op de arbeidsmarkt van de werknemers zelf aanzienlijk kunnen bezwaren. Sommige van deze regelingen dragen immers bij tot het bestendigen van de traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen, en lijmen de werknemer als het ware vast in haar rol van 'zorgende moeder', een beeld dat voor vele werkgevers nu eenmaal niet overeenstemt met hun idee van de ideale werknemer.

In de zaak Lommers – waar een voorkeursregeling aan de orde was voor het verkrijgen van gesubsidieerde kinderopvangplaatsen – formuleerde het Hof ook al dergelijke overwegingen, maar koos er toen uiteindelijk toch op enigszins betwist-

19 Punten 36 en 37 van het arrest Roca Álvarez.

20 Punt 39 van het arrest Roca Álvarez.



P. Foubert

bare wijze<sup>21</sup> voor de betwiste voorkeursregeling rechtvaardigbaar te achten op grond van artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207.<sup>22</sup> In Roca Álvarez daarentegen heeft het Hof de lijn consequent doorgetrokken. Na lezing van Roca Álvarez klinkt met name de volgende passage uit het arrest Lommers achterhaald:

‘De omstandigheid dat de echtgenote van verzoeker in het hoofdgeding in voorkomend geval bij de voortzetting van haar beroepsloopbaan problemen zou kunnen ondervinden ten gevolge van de behoefte aan kinderopvang, is voor de toetsing van de gegrondheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde maatregel aan artikel 2, leden 1 en 4, van de richtlijn irrelevant. Wat de door een werkgever vastgestelde arbeidsvoorwaarden betreft, kan het beginsel van gelijke behandeling immers per definitie slechts toepassing vinden tussen de werknemers die bij hem in dienst zijn. Deze bepaling kan derhalve niet aldus worden uitgelegd, dat zij voor een werkgever die een maatregel treft om ondervertegenwoordiging van vrouwen binnen zijn eigen personeel te bestrijden, de verplichting inhoudt om rekening te houden met overwegingen verband houdend met het behoud van werk van vrouwelijke werknemers die niet tot zijn personeel behoren.’<sup>23</sup>

Men dient er zich echter voor te hoeden de zaak Roca Álvarez al te veel baanbrekende eigenschappen toe te dichten. In het hierna besproken dubbele opzicht is dit arrest immers minder vergaand dan men na een oppervlakkige lezing zou kunnen vermoeden.

*4.1 Toekenning van ‘borstvoedingsverlof’, dat de facto ‘ouderschapsverlof’ blijkt te zijn*  
In de eerste plaats is het duidelijk dat het Hof geen ‘borstvoedingsverlof’ heeft toegekend aan mannelijke werknemers, dit in tegenstelling tot wat sommige media, enigszins kort door de bocht, hebben voorgehouden.<sup>24</sup> Vermits het Spaanse ‘borstvoedingsverlof’ was geëvolueerd van een ‘borstvoedingsverlof’ in de echte zin van het woord naar een zorgverlofregeling ten voordele van ouders (moeders én vaders) van jonge kinderen, was in casu geen sprake meer van een maatregel die een voordeel exclusief voorbehield aan moeders die borstvoeding geven, met – evidente – uitsluiting van vaders. De Spaanse verlofregeling was in de loop der jaren eerst onafhankelijk geworden van de vraag of een kind al dan

21 Zie ook de discussie in dit verband tussen T. Loenen en R. Bakels in NJCM-Bulletin. T. Loenen juicht de uitspraak van het Hof in Lommers toe, omdat deze – na de restrictieve benadering van voorkeursbehandeling in Kalanke, Marschall en Abrahamsson – onder bepaalde voorwaarden de weg open houdt voor bepaalde vormen van voorkeursbehandeling. T. Loenen, Voorkeursbehandeling bij kinderopvangvoorziening toegestaan, NJCM-Bulletin 2002, p. 598-605. R. Bakels voerde in een *dissenting opinion* aan dat het arrest Lommers het ‘beeld van de vrouw als primair verantwoordelijke voor de kinderen’ bevestigt en zo bijdraagt tot de mindere positie van de vrouw op de arbeidsmarkt. R. Bakels, Voorkeursbehandeling in strijd met het evenredigheidsbeginsel, NJCM-Bulletin 2002, p. 720-721, met naschrift T. Loenen, p. 722.

22 HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-476/99 (Lommers), punten 43-49.

23 Punt 49 van het arrest Lommers.

24 Zie bijvoorbeeld: X, Ook mannen krijgen borstvoedingsverlof, De Standaard Online, <[www.standaard.be/artikel/detail.aspx?artikelid=JOBAT\\_3114](http://www.standaard.be/artikel/detail.aspx?artikelid=JOBAT_3114)> (raadpleging op 21 februari 2011).



Wel goed, niet gek: borstvoedingsverlof voor haar ... en voor hem!

niet borstvoeding kreeg, en ook beschikbaar gesteld aan moeders die hun kind flesvoeding gaven. Vervolgens werd aan werkneemsters de mogelijkheid geboden om ook de vader van het kind mee in de verlofregeling te betrekken.

Op het ogenblik van de feiten die ten grondslag lagen aan het arrest Roca Álvarez was er sprake van een regeling die ook voor vaders-werknemers de mogelijkheid voorzag om het werk gedurende een uur te onderbreken (aaneengesloten of in twee keer), of een half uur arbeidstijdverkorting per dag op te nemen, dit echter op voorwaarde dat de moeder van het kind in loondienst werkzaam was. In feite was hier dus sprake van 'zorgverlof', of zelfs 'ouderschapsverlof', veeleer dan van 'borstvoedingsverlof'. De verlofregeling was immers niet langer gericht op het faciliteren van moeders-werkneemsters teneinde borstvoeding te kunnen geven. De doelstelling van de regeling was volledig verschoven naar de verzorging van het jonge kind.

Wanneer men dan vanuit voormelde optiek vaststelt dat werkneemsters, moeders van jonge kinderen, een *zelfstandig* recht op dat zorgverlof kunnen claimen, terwijl werknemers, vaders van jonge kinderen, slechts een *afgeleid* recht daarop kunnen laten gelden (dat wil zeggen op voorwaarde dat de moeder van hun kind ook arbeid in loondienst verricht), dan hoeft het niet echt te verbazen dat het Hof van Justitie hierin een ongelijke behandeling van mannelijke werknemers op vlak van de arbeidsvoorwaarden ontwaarde. Het Hof volgde de visie van advocaat-generaal Kokott, die in haar conclusie al stelde dat mannen en vrouwen zich voor wat betreft de zorg voor jonge kinderen in een volledig vergelijkbare positie bevinden,<sup>25</sup> en bijgevolg een ook gelijke behandeling verdienen.

Dat het Hof het Spaanse 'borstvoedingsverlof' niet heeft beoordeeld op grond van Richtlijn 96/34 inzake ouderschapsverlof,<sup>26</sup> is enkel te wijten aan het feit dat de verwijzende nationale rechter deze richtlijn helemaal niet ter sprake bracht in zijn prejudicieel verzoek.<sup>27</sup> Het Hof van Justitie gaf, in navolging van advocaat-generaal Kokott,<sup>28</sup> echter aan dat

'de Commissie van de Europese Gemeenschappen zich in haar opmerkingen op het standpunt stelt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde maatregel met die richtlijn in strijd is'.<sup>29</sup>

25 Punt 24 van het arrest Roca Álvarez; punt 30 van de conclusie.

26 Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, PbEG 1996, L 145/4. Deze richtlijn is intussen ingetrokken door Richtlijn 2010/18/EU van de Raad van 8 maart 2010 tot uitvoering van de door BUSINESSEUROPE, UEAPME, het CEEP en het EVV gesloten herziene raamovereenkomst en tot intrekking van Richtlijn 96/34/EG (voor de EER relevante tekst), PbEG 2010, L 68/13.

27 In het systeem van de prejudiciële vraagstelling is de nationale rechter als enige bevoegd om te oordelen welke uitleggingsvragen van gemeenschapsrecht voor de oplossing van het hem voorgelegde geschil relevant zijn. HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 247/86 (Alsattel), punt 8, geciteerd in K. Lenaerts & D. Arts, Europees Procesrecht, Antwerpen: Maklu 2003, p. 64.

28 Punt 50 van de conclusie.

29 Punt 42 van het arrest Roca Álvarez.

P. Foubert

Het lijkt inderdaad geen twijfel dat de ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor wat betreft het recht op een 'borstvoedingsverlof' Spaanse stijl de toets van clause 2.1. van Richtlijn 96/34 niet zou kunnen doorstaan. Deze clause voorziet met name het volgende:

'Krachtens deze overeenkomst wordt onder voorbehoud van clause 2.2 aan werknemers, zowel mannen als vrouwen, bij geboorte of adoptie van een kind een individueel recht op ouderschapsverlof toegekend om hen in staat te stellen gedurende ten minste drie maanden tot een door de lidstaten en/of de sociale partners vast te stellen leeftijd van maximaal acht jaar voor hun kind te zorgen.'

Het is duidelijk dat Spaanse werknemers, vaders van jonge kinderen, geen individueel recht op 'borstvoedingsverlof'/'ouderschapsverlof' konden laten gelden, waardoor de regeling met Richtlijn 96/34 strijdt. Dit was ongetwijfeld een extra stimulans voor het Hof om de stelling te verdedigen dat in casu sprake was van een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers inzake arbeidsvoorwaarden, een stelling die – louter onder Richtlijn 76/207 en geleid op de Lommers-erfenis – niet geheel evident was.

#### 4.2 *De waarde van het pleidooi voor een gelijk aandeel van mannen in de zorg voor kinderen is uiterst relatief*

In de tweede plaats moet ook de praktische impact van de stelling van het Hof dat mannen en vrouwen zich voor wat betreft de zorg voor jonge kinderen in een volledig vergelijkbare positie bevinden, voorlopig worden genuanceerd. Het Hof is hiermee helemaal (nog) niet teruggekomen op zijn problematische interpretatie van artikel 2 lid 3 Richtlijn 76/207, zoals verwoord in het arrest Hofmann. In de zaak Hofmann ging het namelijk om een verlofregeling die enkel aan vrouwen werd toegekend, en vanuit die optiek in aanmerking kwam voor rechtvaardiging op grond van artikel 2 lid 3 Richtlijn 76/207.<sup>30</sup> Doordat de Spaanse regeling voor 'borstvoedingsverlof' in feite een 'ouderschapsverlof' was dat in bepaalde gevallen ook door de vader-werknemer kon worden opgenomen, was de weg naar de rechtvaardigingsmogelijkheid van artikel 2 lid 3 Richtlijn 76/207 per definitie afgesloten.

Zoals hiervoor reeds aangegeven, onderscheidde het Hof de zaak Roca Álvarez duidelijk van de zaak Hofmann. Het zijn echter vooral de volgende overwegingen van advocaat-generaal Kokott die aangeven dat men voorlopig zeer voorzichtig moet zijn met het toekennen van al te vergaande gevolgen aan dit arrest:

'In [Hofmann] legde het Hof de nadruk op de functie van een moederschapsverlof als bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind in de tijd onmiddellijk na de bevalling, om verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening te voorkomen. Dit

<sup>30</sup> Zie ook S.A. Flindall, In the Spirit of Equality: Breastfeeding Leave for Men, ELR 2010/11, p. 348-351.

Wel goed, niet gek: borstvoedingsverlof voor haar ... en voor hem!

beschermingsaspect wordt gedeeltelijk beschouwd als achterhaald, aangezien ook de vader kan zorgen voor de noodzakelijke aandacht voor het kind. In ieder geval kan een cumulatie van lasten voor de moeder ook al worden voorkomen indien de vader de verzorging van het kind overneemt. *In het onderhavige geval hoeft het gewicht van het beschermingsaspect in het Unierecht evenwel niet definitief te worden verduidelijkt*, aangezien uit het Spaanse recht – waarin de werkonderbreking in veel gevallen ook door de vader kan worden opgenomen – zelf blijkt dat het hier niet gaat om de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind.<sup>31</sup>

Gelet op het duidelijke verschil tussen de zaken Hofmann en Roca Álvarez is het natuurlijk zo dat het Hof hier eenvoudigweg niet bij machte was te sleutelen aan zijn interpretatie van artikel 2 lid 3 Richtlijn 76/207. Het zou dan ook niet fair zijn het Hof op dit moment al enig verwijt te maken in dit verband. Het valt echter te hopen dat met de uitspraak van het Hof, en van advocaat-generaal Kokott, in deze zaak een nieuw tijdperk is ingeluid.

Indien het Hof inderdaad de idee van advocaat-generaal Kokott genegen is, namelijk dat mannen en vrouwen zich voor wat betreft de zorg voor jonge kinderen in een volledig vergelijkbare positie bevinden, dan zal het kleur moeten bekennen wanneer het binnenkort opnieuw nationale regelingen moet gaan beoordelen die niet geïnspireerd zijn op het loutere herstel van de fysiologische en psychische functies van een pas bevallen werkneemster, maar die de bescherming beogen van de bijzondere relatie tussen moeder en kind, en aldus enkel worden toegekend aan de moeder. Indien het Hof dan kiest voor een Hofmann bis-arrest, met een ruime beoordelingsmarge voor de lidstaten, dan zal het spijtige gevolg daarvan zijn dat lidstaten het standpunt kunnen blijven verdedigen dat mannen en vrouwen *niet* in een gelijke positie zijn voor wat betreft de zorg voor (jonge) kinderen. Het zal in dat geval volstaan een bepaald voordeel enkel toe te kennen aan vrouwelijke werknemers om het geheel acceptabel te maken vanuit Europeesrechtelijk perspectief (artikel 2 lid 3 Richtlijn 76/207 en analoge bepalingen in recentere regelgeving). Zodra een lidstaat echter de moderne toer opgaat en bepaalde voordelen ook beschikbaar maakt voor vaders, zal het arrest Roca Álvarez de gelijke behandeling over de gehele lijn eisen. Spanje heeft dit als pionier<sup>32</sup> aan den lijve mogen ondervinden. De (financiële?) redenen waarom Spanje mannen enkel een afgeleid recht gaf, zijn zelfs helemaal niet ter sprake gekomen. De proportionaliteitstest die in het arrest Lommers nog werd uitgevoerd, bleef hier volledig achterwege. Het feit dat Spanje toch al een beetje op de goede weg was met het toekennen van een zorgverlof aan sommige vaders, bleek niet relevant.

Indien het Hof de Roca Álvarez-lijn vanaf nu consequent doortrekt, moet het afstappen van de beoordelingsmarge die het de lidstaten tot nog toe heeft gegund ten aanzien van de sociale maatregelen die ze nemen om werkneemsters te

31 Punt 42 van de conclusie (eigen cursivering).

32 De unieke positie van Spanje wordt ook aangewezen in A. Katayoun, *Borstvoedingspauzes voor mannen?*, *Juristenkrant* 2010/218, p. 4-5.

P. Foubert

beschermen in verband met zwangerschap en moederschap. Vele geesten zijn alvast rijp voor deze nieuwe benadering, maar wellicht hebben sommige lidstaten nog een extra duwtje in de rug nodig.