FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 6. juni 1995 *

1. Ved kendelse af 25. juni 1993 har Court of Appeal in Northern Ireland (herefter »Court of Appeal«) forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 119 og visse bestemmelser i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder [1] og Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [2].

Faktiske omstændigheder

2. I løbet af 1988 havde 17 kvinder, herunder Joan Gillespie (herefter »sagsøgerne i hovedsagen«), som var offentligt ansatte hos en række Health Boards [3] i Nordirland (herefter »sagsøgte i hovedsagen«), barselsorlov.

3. I overensstemmelse med de overenskomstbestemmelser [4], som regulerede deres løn under barselsorloven, modtog de i denne periode

— deres fulde ugeløn i fire uger

— ni tiendedele af deres fulde løn i to uger

— halvdelen af deres fulde løn i tolv uger.

4. I november 1988 førte forhandlinger i sundhedsvæsenet til lønforhøjelser med tilbagevirkende kraft fra den 1. april 1988.

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 45, s. 19.

2 — EFT L 39, s. 40.

3 — Sundhedsvæsenet i Nordirland.

4 — Bestemmelser, der er mere fordelagtige end dem, der er fastsat i lovgivningen.

5. Den måde, hvorpå den løn, sagsøgerne i hovedsagen fik udbetalt under barselsorloven, skulle beregnes efter den nationale lovgivning, førte til:

— at lønnen blev nedsat

— at de gik glip af en del af lønforhøjelsen.

6. Da sagsøgerne i hovedsagen fandt, at enhver lønnedsættelse og mistet lønforhøjelse under barselsorlov var i strid med ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 og artikel 1 i direktiv 75/117 og med ligebehandlingsprincippet i direktiv 76/207, krævede de at blive omfattet af den nye lønaftale og appellerede den afgørelse, der var truffet den 10. juni 1991 af Industrial Tribunal, som ikke gav dem medhold i dette krav.

7. Under disse omstændigheder har Court of Appeal forelagt Domstolen følgende fire præjudicielle spørgsmål:

»1) Indebærer følgende bestemmelser, eller visse af dem, nemlig i) Rom-traktatens artikel 119, ii) ligelønsdirektivet (75/117/EØF) eller iii) ligebehandlingsdirektivet (76/207/EØF) (herefter 'de relevante bestemmelser'), at en kvinde under barselsorlov, som hun har krav på efter lovgivningen eller sin ansættelseskontrakt, skal have den fulde løn, hun ville have oppebåret, såfremt hun i perioden havde arbejdet normalt for arbejdsgiveren?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, indebærer de relevante bestemmelser da, at størrelsen af en kvindes løn under hendes barselsorlov skal fastsættes ud fra visse bestemte kriterier?

3) Såfremt det andet spørgsmål besvares bekræftende, hvilke kriterier er der da tale om?

4) Såfremt både det første og det andet spørgsmål besvares benægtende, kan man da udlede, at de relevante bestemmelser er uanvendelige eller uden betydning for størrelsen af den løn, en kvinde har krav på under barselsorlov?«

8. De præjudicielle fortolkningsspørgsmål hænger nøje sammen. Med det første spørgsmål anmodes Domstolen om at fastslå, hvorvidt fællesskabsbestemmelserne indebærer, at kvinden under sin barselsorlov skal have den fulde løn, hun ville have oppebåret, hvis hun havde arbejdet normalt i denne periode. Jeg vil besvare dette spørgsmål først. Det tredje spørgsmål uddyber det andet spørgsmål. Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, anmodes Domstolen i det væsentlige om at tage stilling til, om der efter disse bestemmelser kan fastsættes kriterier, som skal overholdes, når ydelsen er lavere end lønnen. Såfremt det første og det andet spørgsmål besvares benægtende, anmodes Domstolen om at udtale sig om, hvorvidt fællesskabslovgiver har fastsat bestemmelser om størrelsen af kvindens løn under barselsorlov. Jeg vil behandle disse tre spørgsmål i anden del af mit forslag til afgørelse. Så vidt jeg ved, er det første gang, Domstolen skal tage stilling til disse spørgsmål.

Besvarelsen af det første spørgsmål: Er fællesskabsretten til hinder for, at den kvindelige arbejdstager under sin barselsorlov ikke får den fulde løn, hun ville have oppebåret, hvis hun havde arbejdet normalt?

9. Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål er det nødvendigt at afgrænse rækkevidden af ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 og artikel 1 i direktiv 75/117 (II) og af princippet om den gravide kvindes berettigede krav på beskyttelse i henhold til direktiv 76/207 (III) efter en gennemgang af de relevante nationale bestemmelser og fællesskabsbestemmelser (I).

I — Den retlige baggrund

A — *De nationale lovbestemmelser og overenskomstbestemmelser, der gælder for kvinder under barselsorlov*

10. I Nordirland findes *lovbestemmelserne* i Social Security (Northern Ireland) Order 1986 og i Statutory Maternity Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987. Med hensyn til *overenskomstbestemmelserne* er de fastsat i Council Handbook, som er vedtaget af Joint Councils for the Health and Personal Social Services (Northern Ireland).

11. Der er *følgende lighedspunkter* mellem lovbestemmelserne og overenskomstbestemmelserne:

1) Under forudsætning af, at kvinden opfylder de nødvendige betingelser [5] for at være berettiget til løn under barselsorlov, har hun krav på atten ugers barselsorlov med løn.

5 — Disse betingelser — *som jeg ikke vil gennemgå, for så vidt som de ikke er genstand for spørgsmål eller tvist* — er forskellige, alt efter om de findes i lovbestemmelserne eller i overenskomstbestemmelserne.

2) Ugelønnen under barselsorlov beregnes efter fremgangsmåden i Regulation 21 i lovbestemmelserne fra 1987, dvs.:

a) den ansattes bruttoløn i de to måneder forud for referenceugen [6]

b) ganget med seks

c) divideret med tooghalvtres

$$\text{eller: ugeløn} = \frac{\text{Bruttoløn x 6}}{52}$$

12. Den fulde ugeløn anvendes som grundlag for beregningen [7] af den ydelse, der udbetales til den ansatte under barselsorloven.

13. Lønnens størrelse er *forskellig, alt efter om lovbestemmelserne eller overenskomstbestemmelserne finder anvendelse.*

14. Ifølge *lovbestemmelserne* har kvinden således *krav på*:

a) ni tiendedele af den fulde ugeløn i seks uger

b) derefter en fast ydelse på 47,95 UKL om ugen i tolv uger.

15. Derimod er overenskomstbestemmelserne fordelagtigere, eftersom kvinden modtager:

a) den fulde ugeløn i fire uger

b) ni tiendedele af den fulde løn i to uger

6 — Referenceugen fastsættes ud fra begyndelsen af den uge, hvor fødslen forventes. Det er den femtende uge før begyndelsen af den uge, hvor fødslen forventes.

7 — Eller for en ny beregning af ugelønnen i tilfælde af lønforhøjelse under barselsorloven.

c) halvdelen af den fulde løn i tolv uger.

16. Det er ubestridt, at anvendelsen af disse bestemmelser — hvad enten der er tale om lovbestemmelserne eller om overenskomstbestemmelserne — bevirker en nedsættelse af den løn, der udbetales til irske kvinder under deres barselsorlov.

B — *Fællesskabsbestemmelserne*

17. Sagsøgerne i hovedsagen har til støtte for deres krav påberåbt sig tre fællesskabsretsakter: traktatens artikel 119 og visse bestemmelser i direktiv 75/117 og 76/207.

18. Traktatens artikel 119 bestemmer følgende:

»Hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde.

Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

Lige løn uden forskelsbehandling med hensyn til køn indebærer,

a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag

b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde.«

19. Artikel 1 i direktiv 75/117 bestemmer følgende:

»Det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt 'ligelønsprincippet', indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes

enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.

Især når et fagligt klassifikationssystem anvendes for lønfastsættelsen, må dette system bygge på samme kriterier for mandlige og kvindelige arbejdstagere og indrettes således, at det udelukker forskelsbehandling med hensyn til køn.«

20. De relevante bestemmelser i direktiv 76/207 findes i artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 5, stk. 1, og artikel 5, stk. 2, litra c):

»*Artikel 2*

1) Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

...

3) Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.«

»*Artikel 5*

1) Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.

2) Med henblik herpå træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger til:

...

c) at de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er i modstrid med princippet om ligebehandling, revideres, når det beskyttelseshensyn, som oprindelig lå til grund for disse, ikke længere er begrundet; at arbejdsmarkedets parter med hensyn til overenskomstbestemmelser af samme art opfordres til at foretage de ønskelige revisioner.«

II — Indebærer ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 og i artikel 1 i direktiv 75/117 en forpligtelse til fortsat at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov?

For at kunne besvare dette spørgsmål er det nødvendigt at undersøge indholdet og rækkevidden af dette princip.

21. Kan man, selv om det er åbenbart — og ikke bestrides — at den løn, sagsøgerne i hovedsagen oppebærer i medfør af de omhandlede nationale bestemmelser, er løn som omhandlet i traktatens artikel 119 og i artikel 1 i direktiv 75/117 [8], under påberåbelse af, at disse fællesskabsbestemmelser ikke henviser til de ansattes graviditet, gøre gældende, at denne kategori af arbejdstagere er undtaget fra bestemmelsernes anvendelsesområde? For at kunne besvare dette spørgsmål er det nødvendigt at undersøge de således påberåbte fællesskabsbestemmelsers ratio legis.

22. Allerede i 1974 [9] fastslog fællesskabslovgiver, at princippet om lige løn til mænd og kvinder [10] og om ligebehandling for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [11] ofte er rent formelt [12]. For så vidt som fællesskabslovgiver anser dette princip for grundlæggende, satte man sig et mål, som blev prioriteret højt [13], nemlig at tilvejebringe retlige instrumenter med henblik på at bringe de faktiske forhold i overensstemmelse med lovgivningen. I henhold til EF-traktatens artikel 2 gav man meddelelse om et kommende socialt handlingsprogram. Endvidere anførte man, at der *gradvis* ville blive truffet håndgribelige arbejdsmarkedsmæssige og sociale foranstaltninger til at samordne de nationale lovgivninger. Fællesskabslovgiver ville således tilvejebringe specifikke retlige instrumenter med henblik på at beskytte kvinder på arbejdsmarkedet mod enhver ulige behandling i praksis.

23. Blandt de håndgribelige arbejdsmarkedsmæssige og sociale foranstaltninger, der skulle gøre det muligt at nå dette mål, nævnte fællesskabslovgiver et forslag til direktiv om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, nemlig direktiv 75/117, som altså er den første foranstaltning i Rådets sociale handlingsprogram. Formålet med dette direktiv er at gennemføre det i traktatens artikel 119 omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder [14].

8 — Skønt Domstolen, så vidt jeg ved, aldrig har skullet tage stilling til dette spørgsmål, kan der næppe være nogen tvivl om, at den i den foreliggende sag ville anvende samme løsning som i dommen af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 7. I denne dom fastslog Domstolen, at fortsat udbetaling af løn i tilfælde af sygdom var omfattet af begrebet løn, selv om arbejdsgiveren får en del af lønnen godtgjort af sygekasserne.

9 — Rådets resolution af 21.1.1974 om et socialt handlingsprogram (EFT C 13, s. 1).

10 — Også benævnt »ligelønsprincippet«.

11 — Også benævnt »ligebehandlingsprincippet«.

12 — Rådets ovenfor i fodnote 9 nævnte resolution, »Gennemførelse af fuld og bedre beskæftigelse i Fællesskabet, fjerde led, s. 2.

13 — A.st., s. 3, punkt 4.

14 — Første betragtning til direktiv 75/117.

24. Foranstaltningerne til beskyttelse af kvindelige arbejdstagere på grund af graviditet er konkrete og specielle udslag af de generelle bestemmelser, der finder anvendelse på kvinder.

25. Artikel 1 i direktiv 75/117 drejer sig ikke om gravide kvinder, men for så vidt som det kun er kvinder, der kan sætte børn i verden, må denne biologiske forskel på mænd og kvinder ikke være en diskriminationsfaktor for så vidt angår løn.

26. Det forhold, at en kvinde er gravid, kan derfor ikke anvendes som argument for at nedsætte hendes løn under henvisning til, at hendes produktivitet er faldet, eller at hendes graviditet gør det nødvendigt at træffe særlige dispositioner, der kan begrunde en lønnedgang. Følgelig er en kvindes graviditet i henhold til bestemmelserne i traktatens artikel 119 og artikel 1 i direktiv 75/117 uden indflydelse på hendes løn, når hun arbejder, dvs. *før hendes barselsorlov*. At bestemme noget andet ville uden tvivl være direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

27. Som følge heraf må artikel 1 i direktiv 75/117 — der som nævnt bestemmer, at »det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt 'ligelønsprincippet', indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår« — fortolkes således, at en gravid kvinde, når hun arbejder, skal behandles på samme måde, som hun blev behandlet, før denne nye tilstand, dvs. hendes graviditet, indtrådte. *Fællesskabslovgiver giver ingen retningslinjer om størrelsen af den løn, hun skal have. Det tilkommer de kompetente nationale myndigheder at fastsætte lønnens størrelse.* Det påpeges dog, at det grundlæggende princip om ligebehandling af de to køn indebærer, at der skal gives lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

28. For at illustrere dette på grundlag af de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i denne sag, kræver ligelønsprincippet, at den gravide kvinde, der holder op med at arbejde for at gå på barselsorlov senere end april måned, skal have udbetalt den forhøjede fulde løn for tiden, før hun gik på barselsorlov, dvs. i de måneder, hvor hun faktisk arbejdede. Således skal den kvinde, der holder op med at arbejde i juli have efterbetalt et beløb, hvori der tages hensyn til hele den lønforhøjelse, der blev givet i november, for månederne april til juli. Ellers ville der være tale om en tilsidesættelse af bestemmelserne i traktatens artikel 119 og artikel 1 i direktiv 75/117.

29. I den foreliggende sag anfægter sagsøgerne i hovedsagen imidlertid størrelsen af

den løn, de har oppebåret under deres barselsorlov, *dvs. i en periode, hvor de ikke arbejdede*. På grundlag af ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 gør de gældende, at de er berettiget til den løn, de ville have oppebåret, hvis de var fortsat med at arbejde.

30. Som vi har set, er dette princip gennemført ud fra den forudsætning, at der sker forskelsbehandling på grundlag af køn. Med hensyn til begrebet forskelsbehandling er Domstolens praksis både klar og fast indarbejdet [15]. Domstolen har for nylig taget stilling til spørgsmålet i en dom af 14. februar 1995, Schumacker, hvor den fulgte sin tidligere praksis, idet den bemærkede, at:

»forskelsbehandling ... kun kan bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer« [16].

31. I dom af 14. juli 1994, Webb [17], udtalte Domstolen, at en kvinde, der er ude af stand til at udføre den opgave, hun er blevet ansat til, på grund af graviditet, befinder sig i en situation uden sidestykke, der slet ikke kan sammenlignes med den situation, en mand befinder sig i, når han ligeledes er ude af stand til at arbejde af lægelige eller andre grunde: »... en graviditet [kan] på ingen måde sammenlignes med en patologisk tilstand, endsige med et fravær, der ikke har lægelige årsager, idet begge disse situationer kan begrunde, at en kvinde afskediges, uden at afskedigelsen af den grund er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af køn.«

32. Så meget desto mere er det rent juridisk forkert at forsøge at sammenligne den situation, en mand, der arbejder, befinder sig i, med den situation, en kvinde, der er på barselsorlov, befinder sig i. Følgelig er bestemmelserne i traktatens artikel 119 og artikel 1 i direktiv 75/117 ikke relevante i denne sag.

33. Før jeg kommer ind på det sidste punkt i dette første afsnit, skal jeg dog bemærke, at et af de krav, der er fremsat af sagsøgerne i hovedsagen (udbetaling af lønforhøjelsen med tilbagevirkende kraft [18]), ikke med bestemthed kan udelukkes ifølge procesdokumenterne. Det ligelønsprincip, der følger af de ovenfor nævnte fællesskabsbestemmelser, er nemlig til hinder for, at den særlige kategori, gravide kvinder udgør, principielt udelukkes fra at modtage den givne lønforhøjelse som følge af den måde, hvorpå den forhøjede ugeløn beregnes efter lovgivnin-

15 — Jf. bl.a. dom af 13.11.1984, sag 283/83, Racke, Sml. s. 3791, præmis 7.

16 — Sag C-279/93, Sml. I, s. 225, præmis 30.

17 — Sag C-32/93, Sml. I, s. 3567, præmis 25.

18 — Jf. punkt 6 i mit forslag til afgørelse.

gen [19] i forening med de regler vedrørende ydelse af lønforhøjelsen, der blev anvendt af de sagsøgte i hovedsagen [20].

III — Indebærer princippet om den gravide kvindes berettigede krav på beskyttelse i henhold til direktiv 76/207 en forpligtelse til fortsat at give hende fuld løn under barselsorlov?

For at kunne besvare dette spørgsmål er det også nødvendigt at undersøge indholdet og rækkevidden af dette princip.

34. På grundlag af direktiv 76/207 vil jeg gøre gældende, at dette præjudicielle spørgsmål ligeledes må besvares benægtende af tre væsentlige grunde: det pågældende direktivs ordlyd, dets ratio legis og Domstolens praksis.

35. *For det første* indeholder direktiv 76/207 ingen bestemmelser eller retningslinjer om størrelsen af den løn, der skal udbetales til den kvindelige arbejdstager under hendes barselsorlov. I direktivets artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 5, stk. 1, opstilles princippet om den gravide kvindes berettigede krav på beskyttelse. Som følge heraf giver direktivet subsidiært medlemsstaterne tilladelse til at træffe specifikke foranstaltninger til beskyttelse af kvinder, *men det har ikke til formål at gennemføre en harmonisering på dette område. Medlemsstaterne har altså enekompetence på dette område, dvs. med hensyn til fastsættelsen af størrelsen af den kvindelige arbejdstagers løn under barselsorlov.*

36. Den eneste harmoniseringsforanstaltning, der er fastsat i direktiv 76/207 — *og som følger af artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, stk. 1* — er forbuddet mod afskedigelse under barselsorloven. Domstolen har i øvrigt konsekvent fastslået dette, idet den har udtalt, at en sådan afskedigelse er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn [21]. Domstolen har også sidestillet nægtelse af at ansætte en kvinde på grund af graviditet med en afskedigelse [22].

37. *For det andet* er dette direktivs ratio legis klart angivet i præamblen ved henvisningen til Rådets resolution af 21. januar 1974. Direktivet er et led i det sociale handlingsprogram, som fællesskabslovgiver bebudede allerede i 1974. Dets formål er at udvide princippet om ligebehandling af mænd og kvinder til også at omfatte adgang til beskæftigelse og *andre arbejdsvilkår end dem, der vedrører lønnen* [23]. Direktiv 76/207 har nemlig hverken til formål at harmonisere bestemmelserne om løn — direktiv 75/117

19 — Jf. punkt 11-15 i mit forslag til afgørelse.

20 — Jf. punkt 4 i mit forslag til afgørelse.

21 — Jf. i denne retning dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, præmis 26, og Webb-dommen, præmis 19.

22 — Jf. i denne retning dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 12 og 14.

23 — Dette fremgår af en gennemgang af anden og tredje betragtning til direktiv 76/207.

blev specielt udstedt med henblik herpå [24] — eller at indføre en særlig fællesskabsordning med henblik på at beskytte gravide kvinder. Direktiv 76/207 har til formål at give mænd og kvinder lige muligheder »... ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder« [25]. Det tillader afvigelser fra det strenge princip om ligebehandling af de to køn med henblik på at afbøde eller eliminere den ulighed, der kan opstå som følge af kvindens biologiske tilstand i denne meget specielle periode. Med andre ord og med et lån fra den juridiske litteratur har dette direktiv, som fastslår kvindens ret til beskyttelse i forbindelse med graviditet og moderskab, »... ved at forbeholde kvinder ret til at udøve visse rettigheder eller endog forbyde dem at udøve visse skadelige aktiviteter, [til formål] i konkrete tilfælde at opretholde en ligestilling, som strengt ensartede retsregler kun ville føre til brud på« [26]. På dette punkt fører min undersøgelse til samme resultat som generaladvokat Tesauro i hans forslag til afgørelse i Kalanke-sagen, som blev fremsat den 6. april 1995 [27].

38. *For det tredje* kan jeg også på grundlag af en gennemgang af Domstolens praksis fastslå, at ingen af bestemmelserne i direktiv 76/207 åbner mulighed for at besvare de af Court of Appeal forelagte spørgsmål bekræftende.

39. Domstolen har først udtalt sig om dette direktivs ratio legis i forbindelse med en dom af 12. juli 1984, Hofmann:

»... formålet med direktivet [er ikke] at regulere spørgsmål vedrørende familiens interne forhold eller at ændre opgavefordelingen mellem forældrene« [28].

»Yderligere må det særligt i forbindelse med stykke 3 fremhæves, at direktivet her giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med 'graviditet og moderskab', hvorved det anerkendes, at det i forhold til lighedsgrundsætningen er berettiget at beskytte kvinder i to forbindelser. For det første er der tale om at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende. For det andet er der tale om at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udøver sit erhvervsarbejde og derved udsættes for en dobbeltbelastning« [29].

40. Domstolen har derfor anerkendt, at medlemsstaterne kan gennemføre undtagel-

24 — A.st. Dette er ikke ensbetydende med en harmonisering af lønnens størrelse.

25 — Artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207.

26 — M. Darmon og J. G. Huglo: »L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un univers en expansion«, RTDE (1), januar-marts 1992, s. 10.

27 — Sag C-450/93, punkt 17.

28 — Sag 184/83, Sml. s. 3047, præmis 24.

29 — A.st., præmis 25.

sesbestemmelser til fordel for gravide kvinder, men har opstillet grænser for deres skøn.

41. Domstolen har således i en dom af 15. maj 1986, Johnston [30], fastslået, at artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 skal fortolkes snævert:

»... lige så vel som artikel 2, stk. 2, skal artikel 2, stk. 3, der også fastlægger rækkevidden af artikel 3, stk. 2, litra c), fortolkes snævert. Det fremgår af den udtrykkelige henvisning til svangerskab og moderskab, at formålet med direktivet dels er at beskytte kvindens fysiske tilstand, dels det særlige forhold mellem moderen og barnet. Den omhandlede bestemmelse giver herefter ikke hjemmel for at udelukke kvinder fra en beskæftigelse under henvisning til, at der efter den almindelige opfattelse skal gives kvinder en videre beskyttelse end mænd mod de risici, som berører mænd og kvinder på samme måde, og som ikke har sammenhæng med de særlige beskyttelsesbehov for kvinder, såsom de udtrykkeligt nævnte behov.«

42. Endvidere har Domstolen i en dom af 25. oktober 1988, Kommissionen mod Frankrig [31], bekræftet dette standpunkt ved at kende for ret, at artikel 2, stk. 3, ikke kan begrunde foranstaltninger til beskyttelse af kvinder i kraft af egenskaber, som ikke er særegne for dem, f.eks. at de er ældre arbejdstagere eller forældre.

43. Domstolen har altså *begrænset medlemsstaternes skøn*, for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de træffer for at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab, dels til udligning af de faktisk eksisterende vanskeligheder, som kvinder til forskel fra mænd har med at bevare beskæftigelsen, dels *til beskyttelse af kvinder i de to forbindelser, der er fastlagt i Hofmann-dommen* [32].

44. Domstolen har også udtalt sig om, hvordan disse fællesskabsbestemmelser skal fortolkes, *når der ikke findes særlige nationale bestemmelser, hvori der træffes foranstaltninger til fordel for gravide kvinder.*

45. I »Hertz«-sagen, hvori der blev afsagt dom den 8. november 1990 [33], blev Domstolen således anmodet om at fastslå, om en afskedigelse, der var begrundet med en kvindelig arbejdstagers hyppige fravær som følge af sygdom forårsaget af graviditet, var i strid med bestemmelserne i direktiv 76/207. Domstolen afslog — *da der ikke fandtes særlige nationale bestemmelser udstedt i medfør af bestemmelserne i artikel 2, stk. 3* — at antage, at bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207,

30 — Sag 222/84, Sml. s. 1651, præmis 44.

31 — Sag 312/86, Sml. s. 6315, præmis 12-16.

32 — Præmis 27.

33 — Sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, Sml. I, s. 3979.

var til hinder for en sådan afskedigelse, og fastslog, at der ikke var tale om forskelsbehandling [34].

46. Domstolen har altså afvist at udvide det saglige anvendelsesområde for beskyttelsen af gravide kvinder i henhold til direktiv 76/207 [35], *når der ikke findes nationale bestemmelser udstedt i medfør af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207.* Som følge heraf kan Domstolen ikke antage, at en national lovbestemmelse eller overenskomstbestemmelse, der ikke pålægger arbejdsgiverne at give en kvindelig arbejdstager fuld løn under barselsorlov, er i strid med fællesskabsretten.

47. *Desuden* udgør den løn, sagsøgerne i hovedsagen har oppebåret — som den irske regering har påpeget — ikke i sig selv hele den ydelse, der udbetales til kvinder under barselsorloven. Som led i de irske myndigheders socialpolitik kan der således forekomme andre ydelser, der sikrer beskyttelse af den kvindelige arbejdstager. Denne bemærkning forekommer mig at være af stor betydning, og jeg vil henvise til Domstolens egne ord i Hofmann-dommen:

»Som med rette anført af Det Forenede Kongeriges regering er sådanne foranstaltninger [foranstaltninger til beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab] *snævert forbundet med den samlede socialsikringsordning i de forskellige medlemsstater.* Det kan således fastslås, at medlemsstaterne har en rimelig skønsmargen, for så vidt angår beskyttelsesforanstaltningernes art og de konkrete betingelser for deres gennemførelse« [36].

48. Følgelig kan det — da der ikke findes harmoniseringsbestemmelser på fællesskabsplan — ikke med rette gøres gældende, at en national lovgivning, der ikke foreskriver, at kvindens løn skal opretholdes under barselsorlov, er i strid med bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207. En anden afgørelse af dette spørgsmål ville, som den irske regering har bemærket, indebære en risiko for, at ligevægten i hele det sociale sikringssystem blev forrykket.

49. Fællesskabslovgiver har fastsat særlige regler til beskyttelse af arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer. Det drejer sig om Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 [37]. Dette direktiv, som skal samordne arbejdsvilkårene for denne kategori af arbejdstagere i medlemsstaterne, trådte i kraft den 19. oktober 1994. *Selv om det ikke finder anvendelse i den foreliggende sag,* er det interessant at lægge mærke til, at den oprindelige tekst til direktiv om beskyttelse af kvindelige

34 — Præmis 19.

35 — Således som det fremgår af direktivets artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, nemlig afskedigelse under barselsorlov. Jf. punkt 36 i mit forslag til afgørelse.

36 — Præmis 27, min fremhævelse.

37 — Om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1).

arbejdstagere under graviditet og efter barsel, som blev affattet af Kommissionen og forelagt Rådet den 17. oktober 1990 [38], i artikel 5 [39] indeholdt en bestemmelse om opretholdelse af kvindens løn under barselsorloven (dvs. i mindst fjorten uger). Dette forslag blev ikke fulgt af Rådet. Artikel 11 i direktiv 92/85 bestemmer nemlig:

»For at sikre, at en arbejdstager som defineret i artikel 2 [dvs. en gravid arbejdstager, en arbejdstager, som lige har født og/eller en ammende arbejdstager] kan udøve den ret til beskyttelse af sikkerhed og sundhed, der er anerkendt i nærværende artikel fastsættes følgende:

...

2) I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8 [dvs. barselsorlov]:

...

b) skal bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse sikres de i artikel 2 definerede arbejdstagere

3) Den ydelse, der er omhandlet i nr. 2), litra b), anses for passende, når den sikrer en indtægt, der mindst svarer til den, som den pågældende arbejdstager ville få under sygeorlov, eventuelt inden for et loft fastsat i henhold til den nationale lovgivning.«

50. Dette er et *yderligere argument* for mit synspunkt. Rådet har nemlig ved at vedtage denne bestemmelse tilkendegivet, at det har til hensigt at overlade medlemsstaterne kompetencen til at afgøre spørgsmålet om bevarelse af den fulde løn under barselsorlov.

51. Jeg må derfor konkludere, at sagsøgerne i hovedsagen heller ikke under henvisning til bestemmelserne i direktiv 76/207 kan gøre gældende, at fællesskabsbestemmelserne indebærer, at en kvindelig arbejdstager skal have fuld løn under barselsorlov. Da der ikke i fællesskabslovgivningen er fastsat særlige bestemmelser herom, henhører dette spørgsmål under medlemsstaternes kompetence.

Besvarelsen af det andet, det tredje og det fjerde spørgsmål: Når fællesskabsretten ikke indebærer, at en kvindelig arbejdstager skal have fuld løn under barselsorlov, og ikke indeholder retningslinjer om størrelsen af den løn, hun skal have [40], kan der da fastsættes kriterier, som skal overholdes, når ydelsen er lavere end lønnen?

52. Da der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser, som jeg kan basere min argumentation på, vil en besvarelse af dette

38 — KOM(90) 406 endelig udg. — SYN 303 (EFT C 281, s. 3).
39 — A.st., s. 5.

40 — Jf. punkt 22, 23, 27, 35, 37 og 48 i mit forslag til afgørelse.

spørgsmål være ensbetydende med en vurdering af hele det nationale sociale system i henseende til beskyttelsen af kvindelige arbejdstagere under barselslov og, til en vis grad, en legalitets- eller endog en hensigtsmæssighedsbedømmelse af national ret. I henhold til fast praksis [41] tilkommer det imidlertid ikke Domstolen i en sag efter EØF-traktatens artikel 177 at bedømme en foranstaltning truffet af en medlemsstat i forhold til fællesskabsretten.

53. Sammenfattende skal jeg efter det ovenfor anførte foreslå Domstolen at besvare de af Court of Appeal forelagte spørgsmål således:

»1) EØF-traktatens artikel 199, Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder og Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår indebærer ikke en forpligtelse for medlemsstaterne til at give en kvinde, der er fraværende fra sit arbejde på grund af barselsorlov, som hun har krav på efter den nationale lovgivning eller sin ansættelseskontrakt, den fulde løn, hun ville have oppebåret, hvis hun havde arbejdet normalt i denne periode.

2) Ovennævnte fællesskabsretsakter vedrører ikke størrelsen af den løn, en kvinde har krav på under barselsorlov, og åbner derfor ikke mulighed for at fastsætte kriterier, som skal overholdes, når ydelsen er lavere end lønnen.«

41 — Dom af 6.10.1970, sag 9/70, Grad, Sml. 1970, s. 157.