DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)
19. november 1998 *

I sag C-66/96,

angående en anmodning, som Sø- og Handelsretten i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i de for nævnte ret verserende sager,

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Berit Høj Pedersen

mod

Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger som mandatar for Kvickly Skive,

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Bettina Andresen

mod

Dansk Tandlægeforening som mandatar for Jørgen Bagner,

* Processprog: dansk.

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Tina Pedersen

mod

Dansk Tandlægeforening som mandatar for Jørgen Rasmussen

og

Kristelig Funktionær-Organisation som mandatar for Pia Sørensen

mod

Dansk Handel & Service som mandatar for Hvitfeldt Guld og Sølv ApS,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 119, 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 (EFT L 45, s. 19), 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 (EFT L 39, s. 40) og Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 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),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. J. G. Kapteyn, og dommerne G. Hirsch, G. F. Mancini, J. L. Murray (refererende dommer) og R. Schintgen,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen og Tina Pedersen ved advokat Lars Svenning Andersen, Århus

— Kristelig Funktionær-Organisation som mandatar for Pia Sørensen ved advokat Søren Juul, København

— Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger som mandatar for Kvickly Skive ved advokat Mariann Norrbom, København

— Dansk Tandlægeforening som mandatar for Jørgen Bagner og Jørgen Rasmussen ved advokat Henrik Wedell-Wedellsborg, København

— Dansk Handel & Service som mandatar for Hvitfeldt Guld og Sølv ApS ved advokat Peter Herskind, København

— den franske regering ved kontorchef Catherine de Salins og fuldmægtig Anne de Bourgoing, begge Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

— Det Forenede Kongeriges regering ved Assistant Treasury Solicitor J. E. Collins, som befuldmægtiget, og barrister Dinah Rose

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hans Peter Hartvig og Marie Wolfcarius, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der er afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 12. juni 1997 af Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen og Tina Pedersen ved advokat Lars Svenning Andersen, af Kristelig Funktionær-Organisation som mandatar for Pia Sørensen ved advokat Søren Juul, af Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger som mandatar for Kvickly Skive ved advokat Mariann Norrbom, af Dansk Tandlægeforening som mandatar for Jørgen Bagner og Jørgen Rasmussen ved advokat Christian Schow Madsen, København, af Dansk Handel & Service som mandatar for Hvitfeldt Guld og Sølv ApS ved advokat Peter Vibe Jespersen, København, af den franske regering ved Anne de Bourgoing og af Kommissionen ved Hans Peter Hartvig og Marie Wolfcarius,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. juli 1997,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 20. februar 1996, indgået til Domstolen den 11. marts 1996, har Sø- og Handelsretten i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 119, 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 (EFT L 45, s. 19), 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 (EFT L 39, s. 40) og Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 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).

2 Dette spørgsmål er blevet rejst under sager anlagt af Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen, Tina Pedersen og Pia Sørensen mod deres arbejdsgivere, henholdsvis Kvickly Skive, Jørgen Bagner, Jørgen Rasmussen og Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, vedrørende deres ret til løn under graviditetsbetinget fravær.

Fællesskabslovgivningen

3 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.«

4 Direktiv 75/117, som ifølge sin fjerde betragtning tilsigter at lette denne bestemmelses gennemførelse i praksis, bestemmer i artikel 1:

»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.«

5 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 bestemmer følgende:

»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.«

6 Direktiv 76/207 er imidlertid ifølge sin artikel 2, stk. 3,

»ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.«

7 Direktivets artikel 5, stk. 1, bestemmer følgende:

»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.«

8 Direktiv 92/85 bestemmer følgende i artikel 4:

»*Vurdering og underretning*

1. For alle arbejdsopgaver, som kan indebære en specifik risiko for, at arbejdstagere udsættes for de agenser, arbejdsprocesser eller arbejdsforhold, som er opført på en ikke-udtømmende liste i bilag I, skal arbejdsgiveren eller de beskyttelses- og forebyggelsestjenester, som er omhandlet i artikel 7 i direktiv 89/391/EØF, vurdere arten, omfanget og varigheden af den belastning, arbejdstagere som defineret i artikel 2 udsættes for i den pågældende virksomhed og/eller institution, således at man kan:

— foretage en bedømmelse af alle risici for sikkerheden og sundheden samt alle virkninger for de i artikel 2 definerede arbejdstagere under graviditet eller amning

— afgøre, hvilke foranstaltninger der skal træffes.

2. Med forbehold af artikel 10 i direktiv 89/391/EØF skal arbejdstagere som defineret i artikel 2 og arbejdstagere, der kan tænkes at befinde sig i en af de i artikel 2 beskrevne situationer, og/eller deres repræsentanter underrettes om resultaterne af den i stk. 1 nævnte vurdering og om alle foranstaltninger vedrørende sikkerhed og sundhed under arbejdet i den pågældende virksomhed og/eller institution.«

9 Artikel 5 bestemmer følgende:

»*Konsekvenserne af resultaterne af vurderingen*

1. Hvis den i artikel 4, stk. 1, omhandlede vurdering viser, at der er risiko for en i artikel 2 defineret arbejdstagers sikkerhed eller sundhed samt risiko for en negativ indvirkning på den pågældendes graviditet eller amning, træffer arbejdsgiveren, ved en midlertidig ændring af vedkommendes arbejdsforhold og/eller arbejdstid, de nødvendige foranstaltninger til at undgå, at den pågældende arbejdstager udsættes for denne risiko, jf. dog artikel 6 i direktiv 89/391/EØF.

2. Hvis en ændring af arbejdsforhold og/eller arbejdstid ikke er teknisk og/eller objektivt mulig eller ikke med rimelighed kan forlanges, træffer arbejdsgiveren de nødvendige foranstaltninger til at overføre den pågældende arbejdstager til andre arbejdsopgaver.

3. Hvis overførslen til andre arbejdsopgaver ikke er teknisk og/eller objektivt mulig eller ikke med rimelighed kan forlanges, fritages den pågældende arbejdstager i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis for at arbejde, så længe dette er nødvendigt for at beskytte hendes sikkerhed eller sundhed.

4. Denne artikels bestemmelser gælder tilsvarende, når en arbejdstager, der udfører arbejde, som er forbudt i henhold til artikel 6, bliver gravid eller ammer og underretter arbejdsgiveren herom.«

Samme direktivs artikel 11 bestemmer følgende:

»*Rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen*

For at sikre, at en arbejdstager som defineret i artikel 2 kan udøve den ret til beskyttelse af sikkerhed og sundhed, der er anerkendt i nærværende artikel, fastsættes følgende:

1) I de tilfælde, der er omhandlet i artikel 5, 6 og 7, skal de i artikel 2 definerede arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, herunder bevarelse af deres løn og/eller oppebærelse af en passende ydelse, sikres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

2) I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8:

   a) skal de i artikel 2 definerede arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen, bortset fra de i litra b) nedenfor nævnte, sikres

   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.«

National lovgivning

11 § 5, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 516 af 23. juli 1987 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (herefter »funktionærloven«) bestemmer følgende:

»Bliver funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren, medmindre han under tjenesteforholdets beståen har pådraget sig sygdommen ved forsæt eller grov uagtsomhed, eller han ved stillingens overtagelse svigagtigt har fortiet, at han led af den pågældende sygdom.«

12 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at begrebet sygdom i § 5, stk. 1, omfatter enhver legemlig eller sjælelig lidelse eller svækkelse, som efter et lægeligt skøn medfører, at funktionæren ikke kan udføre sit arbejde.

13 Efter § 5 i lov nr. 852 af 20. december 1989 om dagpenge ved sygdom eller fødsel (herefter »dagpengeloven«) oppebærer lønmodtagere dagpenge ved fuld uarbejdsdygtighed på grund af sygdom. Arbejdsgiveren kan herefter få udbetalt de dagpenge, som funktionæren ellers ville have ret til.

14 Funktionærlovens § 7 bestemmer i øvrigt følgende med hensyn til graviditet og moderskab:

»1. Med henblik på arbejdsgiverens tilrettelæggelse af arbejdet skal funktionæren senest 3 måneder før det forventede fødselstidspunkt give oplysning om, hvornår hun påregner at begynde sin barselorlov.

2. Arbejdsgiveren er i tilfælde af en funktionærs graviditet pligtig at betale hende halv løn i indtil 5 måneder i tiden fra arbejdsudygtighedens indtræden, dog tidligst 3 måneder før fødslen, indtil 3 måneder efter fødslen. Tilsvarende forpligtelse gælder, såfremt arbejdsgiveren, uanset at funktionæren ikke er arbejdsudygtig, ikke mener at kunne beskæftige hende. Såfremt arbejdsgiveren opsiger funktionæren, er han pligtig at betale fuld løn, indtil fratræden med det funktionæren tilkommende varsel kan ske.«

15 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at uarbejdsdygtighed på grund af graviditet og fødsel i princippet ikke udløser samme rettigheder som uarbejdsdygtighed på grund af sygdom.

16 Det fremgår af ovennævnte bestemmelse, at funktionæren alene har ret til halv løn fra arbejdsgiveren i højst fem måneder inden for en periode fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen.

17 Derimod er en funktionær, som under graviditet, men forinden barselsorlov påbegyndes, bliver ramt af sygdom, kun berettiget til fuld løn efter funktionærlovens § 5, såfremt sygdommen er uden forbindelse med graviditeten.

18 Indtræder der tidligere end tre måneder før fødslen uarbejdsdygtighed eller af en særlig grund lovligt forfald i forbindelse med graviditet, har funktionæren i princippet ikke noget lønkrav, men er berettiget til ydelser efter dagpengeloven og vejledning nr. 191 af 27. oktober 1994.

19 Funktionæren skal på arbejdsgiverens opfordring dokumentere uarbejdsdygtigheden. Det afhænger af et lægeligt skøn, om funktionæren er uarbejdsdygtig. Funktionæren er ikke forpligtet til at give nærmere oplysning om, hvad uarbejdsdygtigheden skyldes, men hun skal oplyse, om den har forbindelse med graviditet.

20 Endelig kan arbejdsgiveren efter funktionærlovens § 7, stk. 2, andet punktum, hjemsende en gravid funktionær, selv om hun ikke er uarbejdsdygtig, hvis arbejdsgiveren ikke mener at kunne beskæftige hende. Arbejdsgiveren er i så fald pligtig at betale hende halv løn.

21 Ifølge den forelæggende ret er de synspunkter, der ligger bag denne bestemmelse, at arbejdsgiveren under hensyn til stillingens art kan stille krav til funktionærens arbejdsevne, der kan begrunde, at funktionæren ophører med arbejdet på et tidspunkt, der ligger indtil tre måneder før fødslen. Arbejdsgiveren må kunne begrunde, at en hjemsendelse af den pågældende funktionær er nødvendig.

Tvisten i hovedsagen

22 Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen, Tina Pedersen og Pia Sørensen er alle omfattet af den danske funktionærlov. De har alle haft et unormalt graviditetsforløb inden tre måneder før det forventede fødselstidspunkt.

23 Berit Høj Pedersen og Bettina Andresen blev derfor erklæret fuldt uarbejdsdygtige, og deres arbejdsgivere ophørte med lønudbetaling og opfordrede dem til at ansøge om dagpenge.

24 Tina Pedersen blev kun erklæret delvis uarbejdsdygtig. Hun foreslog derfor sin arbejdsgiver, Jørgen Rasmussen, at genoptage sit arbejde i et vist omfang, hvilket han afslog. Det blev efterfølgende oplyst over for Tina Pedersen, at der var ansat en fuldtidsbarselsvikar, samt at hun ikke længere ville få udbetalt løn; hun blev derfor også henvist til at ansøge om førtidige barselsdagpenge.

25 Det er under retsmødet blevet fremført, at der fremdeles bestod et spørgsmål om, hvad der var årsagen til Pia Sørensens uarbejdsdygtighed.

26 Sagsøgerne i hovedsagen har anlagt sag ved Sø- og Handelsretten og har under henvisning til de gældende fællesskabsretlige bestemmelser på området for ligebehandling af kønnene anfægtet den fortolkning af funktionærlovens § 5, hvorefter kvinder, som er graviditetsbetinget uarbejdsdygtige før den periode på tre måneder, der går forud for fødslen, ikke har ret til fuld løn.

27 Da Sø- og Handelsretten var af den opfattelse, at tvistens afgørelse afhænger af fortolkningen af fællesskabsretten, har den udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er fællesskabsretten, herunder artikel 119, direktiv 75/117/EØF, 76/207/EØF, samt direktiv 92/85 til hinder for, at en national lovgivning fritager arbejdsgiveren fra at udbetale løn til gravide medarbejdere, når

1) fraværet skyldes, at graviditeten væsentligt forværrer en sygdom, der i øvrigt ikke har forbindelse med graviditeten

2) fraværet skyldes en sygdom forårsaget af graviditeten

3) fraværet skyldes, at graviditeten har et sygeligt forløb, og at fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens helbred eller fosteret

4) fraværet skyldes almindelige graviditetsgener i en normalt forløbende graviditet, hvor der i øvrigt ikke er tale om uarbejdsdygtighed

5) fraværet sker på baggrund af et lægeligt skøn om at skåne fosteret, men hvor det lægelige skøn ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret

6) fraværet skyldes, at arbejdsgiveren alene på grund af graviditeten skønner ikke at kunne finde anvendelse for den gravide medarbejders arbejdskraft på trods af, at medarbejderen ikke er uarbejdsdygtig,

og der i situation nr. 1-3 og 6 af staten tilsikres den gravide medarbejder samme dagpengesats, som vil opnås under sygeorlov, mens der i situation nr. 4-5 ikke oppebæres dagpenge fra staten, og når der i øvrigt i henhold til national lovgivning for arbejdsgiveren består en pligt til at udbetale fuld løn under sygdom.«

Spørgsmålets første, andet og tredje led

28 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål for det første oplyst, om traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 og 92/85 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en gravid kvinde, som, forinden barselsorlov påbegyndes, bliver uar-

bejdsdygtig som følge af et graviditetsbetinget sygeligt forhold, der fastslås ved en lægeerklæring, ikke har ret til fuld løn fra arbejdsgiveren, men til dagpenge udbetalt af en lokal myndighed, mens en arbejdstager i tilfælde af uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, der fastslås ved en lægeerklæring, i princippet har ret til fuld løn fra arbejdsgiveren.

29 Det bemærkes indledningsvis, at direktiv 75/117's væsentligste formål er at lette den praktiske gennemførelse af ligelønsprincippet i traktatens artikel 119, og at det ikke på nogen måde ændrer ved dette princips indhold eller rækkevidde som fastlagt i traktaten (dom af 3.12.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 20).

30 Det bemærkes med hensyn til direktiv 92/85, at det blev vedtaget den 19. oktober 1992, og at det i overensstemmelse med sin artikel 14 skulle være gennemført af medlemsstaterne senest to år efter dets vedtagelse. Det forhold, at de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for tvisterne i hovedsager, i det væsentlige har fundet sted inden udløbet af direktivets gennemførelsesfrist, men efter dets vedtagelse, er ikke til hinder for, at den forelæggende ret anmoder Domstolen om at fortolke det (jf. i denne retning dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, og af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969).

31 Det fremgår af Domstolens faste praksis, at efter traktatens artikel 177, som hviler på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens opgaver, kan Domstolen hverken udtale sig om en sags faktiske omstændigheder eller efterprøve anmodningens grunde. Når en national ret anmoder om en fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse, må Domstolen gå ud fra, at den finder denne fortolkning nødvendig for sagens løsning (dom af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi mod Denkavit, Sml. s. 1555, præmis 17, 18 og 19).

32 Det bemærkes endvidere, således som Domstolen har fastslået i dom af 13. juli 1989 (sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743), at den løn, som arbejdsgiveren skal

udbetale under en arbejdstagers fravær på grund af sygdom, er omfattet af begrebet løn i traktatens artikel 119, som omfatter samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller i naturalier, i henhold til ansættelseskontrakten, ifølge lov eller frivilligt (jf. dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 12, og af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, præmis 21).

33 Det bemærkes endvidere, at selv om graviditet på ingen måde kan sammenlignes med en patologisk tilstand (dom af 14.7.1994, sag C-31/93, Webb, Sml. I, s. 3567), er det dog en kendsgerning, at graviditeten er en periode, hvorunder der kan indtræde sygdomme og komplikationer, som kan gøre det nødvendigt for en kvinde at underkaste sig et nøje lægeligt tilsyn og i givet fald holde sig i fuldstændig ro under hele graviditeten eller en del af denne. Sådanne sygdomme og komplikationer, som kan føre til uarbejdsdygtighed, hører til de særlige risici i forbindelse med graviditet og er følgelig en del af de særlige omstændigheder ved denne tilstand (dom af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185, præmis 22).

34 I den foreliggende sag fremgår det af sagsakterne, at enhver arbejdstager som udgangspunkt i henhold til den i hovedsagen omhandlede lovgivning har krav på fuld løn i tilfælde af uarbejdsdygtighed.

35 Følgelig må det forhold, at en kvinde, forinden barselsorlov påbegyndes, mister retten til sin fulde løn, når hendes uarbejdsdygtighed skyldes et graviditetsbetinget sygeligt forhold, anses for i det væsentlige at være baseret på graviditeten og derfor udtryk for forskelsbehandling.

36 Det vil kun forholde sig anderledes, såfremt størrelsen af de dagpenge, der udbetales til funktionærer, svarer til størrelsen af deres løn. Såfremt dette skulle være tilfældet, tilkommer det den nationale ret at efterprøve, om det forhold, at dag-

penge udbetales af en lokal myndighed, kan fremkalde en forskelsbehandling, der er i strid med traktatens artikel 119.

37 Det følger heraf, at anvendelsen af lovbestemmelser som de i tvisterne i hovedsagen omhandlede indebærer en forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere, der er i strid med traktatens artikel 119 og direktiv 75/117.

38 De sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, at det følger af artikel 11 i direktiv 92/85, at der i national lovgivning kan fastsættes et loft for de ydelser, som kvindelige arbejdstagere kan oppebære i forbindelse med graviditet. De har i øvrigt anført, at såfremt der skulle foreligge forskelsbehandling, er den begrundet i den omstændighed, at den danske lovgivning er udtryk for en fordeling af de risici og økonomiske byrder, der er forbundet med graviditet, mellem den gravide arbejdstager, arbejdsgiveren og samfundet, og denne fordeling er bl.a. foretaget efter en afvejning mellem ønsket om at fremme kvindelige arbejdstageres adgang til arbejdsmarkedet og nødvendigheden af at beskytte dem i forbindelse med graviditet.

39 Det bemærkes for det første, at artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/85 kun tillader anvendelsen af et loft fastsat i henhold til national lovgivning for den løn eller de ydelser, som udbetales til arbejdstagere i forbindelse med barselsorlov, således som denne i øvrigt er defineret i samme direktivs artikel 8.

40 Hvad angår ønsket om at sikre en fordeling af de risici og økonomiske byrder, der er forbundet med graviditet, mellem den gravide arbejdstager, arbejdsgiveren og samfundet bemærkes, at dette ikke kan begrunde den forskelsbehandling, som er fastslået i denne doms præmis 35. Det kan heller ikke kvalificeres som et objektivt forhold, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens praksis (jf. Lewark-dommen, a.st., præmis 31).

41 Det følger af det ovenfor anførte, at traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en gravid kvinde, som, forinden barselsorlov påbegyndes, bliver uarbejdsdygtig som følge af et graviditetsbetinget sygeligt forhold, der fastslås ved en lægeerklæring, ikke har ret til fuld løn fra arbejdsgiveren, men til dagpenge udbetalt af en lokal myndighed, mens en arbejdstager i tilfælde af uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, der fastslås ved en lægeerklæring, i princippet har ret til fuld løn fra arbejdsgiveren.

Spørgsmålets fjerde og femte led

42 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål dernæst oplyst, om traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en gravid kvinde, som, forinden barselsorlov påbegyndes, er fraværende fra sit arbejde enten på grund af almindelige graviditetsgener, hvor der i øvrigt ikke er tale om uarbejdsdygtighed, eller på baggrund af et lægeligt skøn om at skåne fosteret, men hvor det lægelige skøn ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret, ikke har ret til løn fra arbejdsgiveren, når enhver arbejdstager, som er uarbejdsdygtig på grund af sygdom, i princippet har ret til løn.

43 Det bemærkes indledningsvis, at det under den mundtlige forhandling er blevet fremført, at spørgsmålet om, hvorvidt Pia Sørensen henhører under spørgsmålets fjerde eller femte led, endnu ikke er blevet endelig afgjort af den forelæggende ret.

44 Der skal derfor tages stilling til spørgsmålets fjerde og femte led.

45 Som Domstolen tidligere har fastslået ved dom af 12. juli 1979 (sag 244/78, Union laitière normande, Sml. s. 2663, præmis 5), kræver nødvendigheden af at nå til en fortolkning af fællesskabsretten, som kan benyttes af den nationale domstol, at den retlige sammenhæng, hvori fortolkningen ønskes, er nærmere fastlagt. Ud fra dette synspunkt kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at sagens faktum er fastslået, og at rent nationale retsspørgsmål er afklaret inden forelæggelsen for Domstolen, således at denne kan tage alle faktiske og retlige elementer, som kan have betydning for dens fortolkning af fællesskabsretten, i betragtning (dom af 10.3.1981, forenede sager 36/80 og 71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association m.fl., Sml. s. 735, præmis 6).

46 Disse hensyn begrænser imidlertid på ingen måde den skønsbeføjelse, som tilkommer den nationale ret, der som den eneste har direkte kendskab til sagens omstændigheder og de af parterne fremførte argumenter, og som har ansvaret for den afgørelse, der skal træffes, og følgelig bedst er i stand til at bedømme, på hvilket stadium af retsforhandlingerne den har behov for en præjudiciel afgørelse fra Domstolen (dommen i sagen Irish Creamery Milk Suppliers Association m.fl., a.st., præmis 7).

47 Det skal endvidere bemærkes, således som det fremgår af denne doms præmis 32, at arbejdstagerens løn under et fravær på grund af sygdom er omfattet af begrebet løn i traktatens artikel 119's forstand.

48 Det skal imidlertid bemærkes, at til forskel fra de situationer, som er beskrevet i de tre første led i spørgsmålet fra den forelæggende ret, er den gravide arbejdstager fraværende fra sit arbejde, forinden barselsorlov påbegyndes, ikke på grund af et sygeligt forhold eller særlige risici for fosteret, som medfører uarbejdsdygtighed, dokumenteret ved lægeerklæring, men enten på grund af almindelige graviditetsgener eller på baggrund af et almindeligt lægeligt skøn, uden at der i nogle af disse to situationer foreligger uarbejdsdygtighed.

49 Den nedsættelse eller endog tab af løn, som rammer funktionæren på grund af sådanne former for fravær, der ikke skyldes uarbejdsdygtighed, kan derfor ikke anses for i det væsentlige at være baseret på selve graviditeten, men derimod på det af funktionæren trufne valg om ikke at arbejde.

50 Det følger af det ovenfor anførte, at traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 ikke er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en gravid kvinde, som, forinden barselsorlov påbegyndes, er fraværende fra sit arbejde enten på grund af almindelige graviditetsgener, hvor der i øvrigt ikke er tale om uarbejdsdygtighed, eller på baggrund af et lægeligt skøn om at skåne fosteret, men hvor det lægelige skøn ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret, ikke har ret til løn fra arbejdsgiveren, når enhver arbejdstager, som er uarbejdsdygtig på grund af sygdom, i princippet har ret til løn.

Spørgsmålets sjette led

51 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål endelig oplyst, om direktiv 76/207 og 92/85 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en arbejdsgiver, når han skønner ikke at kunne finde anvendelse for en gravid kvinde, på trods af at hun ikke er uarbejdsdygtig, kan hjemsende hende uden at betale hende fuld løn.

52 Det bemærkes for det første, at i henhold til artikel 5 i direktiv 76/207 skal mænd og kvinder sikres samme arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår.

53 Da en lovgivning som den i tvisten i hovedsagen omhandlede udelukkende vedrører kvindelige funktionærer, udgør den en forskelsbehandling, som er i strid med denne bestemmelse.

54 I øvrigt bemærkes, at artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med »graviditet og moderskab«, og at det herved anerkendes, at det i forhold til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder er berettiget at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen (dommen i Webb-sagen, a.st., præmis 20).

55 En lovgivning som den i hovedsagen omhandlede kan imidlertid ikke henhøre under anvendelsesområdet for denne bestemmelse.

56 Det fremgår nemlig af forelæggelseskendelsen, at den danske lovgivning ikke så meget tilsigter at beskytte gravide kvinders fysiske tilstand som at beskytte arbejdsgiverens interesser. Ifølge den forelæggende ret bygger en sådan lovgivning således på den opfattelse, at arbejdsgiveren under hensyn til stillingens art kan stille krav til funktionærens arbejdsevne, der kan begrunde, at funktionæren ophører med arbejdet på et tidspunkt, der ligger indtil tre måneder før fødslen.

57 Hvad angår direktiv 92/85 skal det bemærkes, at dets artikel 4 og 5 indfører en procedure med vurdering og underretning for arbejdsopgaver, som kan indebære en risiko for kvindelige arbejdstageres sikkerhed eller sundhed samt risiko for en negativ indvirkning på de pågældendes graviditet eller amning. Denne procedure kan føre til, at arbejdsgiveren midlertidigt ændrer deres arbejdsforhold og/eller arbejdstid eller, hvis en sådan ændring ikke er mulig, overfører dem til andre arbejdsopgaver. Kun hvis overførslen til andre arbejdsopgaver heller ikke er mulig, fritages den pågældende arbejdstager i overensstemmelse med national lovgivning eller praksis for at arbejde, så længe dette er nødvendigt for at beskytte hendes sikkerhed eller sundhed.

58 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede ikke opfylder de i direktiv 92/85 fastsatte materielle og formelle betingelser for at fritage kvindelige arbejdstagere for at erlægge deres arbejdsydelse.

Dels er hjemsendelsen af funktionæren begrundet i arbejdsgiverens interesse, dels kan beslutning herom træffes af arbejdsgiveren, uden at der foretages en forudgående undersøgelse af muligheden for at ændre funktionærens arbejdsforhold og/eller arbejdstid eller derudover muligheden for at overføre funktionæren til andre arbejdsopgaver.

59 Det følger af det ovenfor anførte, at direktiv 76/207 og 92/85 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en arbejdsgiver, når han skønner ikke at kunne finde anvendelse for en gravid kvinde, på trods af at hun ikke er uarbejdsdygtig, kan hjemsende hende uden at betale hende fuld løn.

Sagens omkostninger

60 De udgifter, der er afholdt af den franske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Sø- og Handelsretten ved kendelse af 20. februar 1996, for ret:

1) EF-traktatens artikel 119 og Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemfø-

relse af princippet om lige løn til mænd og kvinder skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en gravid kvinde, som, forinden barselsorlov påbegyndes, bliver uarbejdsdygtig som følge af et graviditetsbetinget sygeligt forhold, der fastslås ved en lægeerklæring, ikke har ret til fuld løn fra arbejdsgiveren, men til dagpenge udbetalt af en lokal myndighed, mens en arbejdstager i tilfælde af uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, der fastslås ved en lægeerklæring, i princippet har ret til fuld løn fra arbejdsgiveren.

2) Traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 er ikke til hinder for en national lovgivning, hvorefter en gravid kvinde, som, forinden barselsorlov påbegyndes, er fraværende fra sit arbejde enten på grund af almindelige graviditetsgener, hvor der i øvrigt ikke er tale om uarbejdsdygtighed, eller på baggrund af et lægeligt skøn om at skåne fosteret, men hvor det lægelige skøn ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret, ikke har ret til løn fra arbejdsgiveren, når enhver arbejdstager, som er uarbejdsdygtig på grund af sygdom, i princippet har ret til løn.

3) 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 og Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 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), er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en arbejdsgiver, når han skønner ikke at kunne finde anvendelse for en gravid kvinde, på trods af at hun ikke er uarbejdsdygtig, kan hjemsende hende uden at betale hende fuld løn.

Kapteyn Hirsch Mancini

Murray Schintgen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. november 1998.

R. Grass P. J. G. Kapteyn

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling