DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 19 november 1998 *

I mål C-66/96,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget, från Sø- og Handelsretten (Danmark), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i de vid den nationella domstolen anhängiga målen mellan

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, som företräder Berit Høj Pedersen,

och

Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger, som företräder Kvickly Skive,

mellan

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, som företräder Bettina Andresen,

och

Dansk Tandlægeforening, som företräder Jørgen Bagner,

* Rättegångsspråk: danska.

mellan

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, som företräder Tina-Pedersen,

och

Dansk Tandlægeforening, som företräder Jørgen Rasmussen,

och mellan

Kristelig Funktionær-Organisation, som företräder Pia Sørensen,

och

Dansk Handel & Service, som företräder Hvitfeldt Guld og Sølv ApS,

angående tolkningen av artikel 119 i EG-fördraget, rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78), rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191) och av rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött

barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. J. G. Kapteyn samt domarna G. Hirsch, G. F. Mancini, J. L. Murray (referent) och R. Schintgen,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, som företräder Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen och Tina Pedersen, genom advokaten Lars-Svenning Andersen, Århus,

— Kristelig Funktionær-Organisation, som företräder Pia Sørensen, genom advokaten Søren Juul, Köpenhamn,

— Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger, som företräder Kvickly-Skive, genom advokaten Mariann Norrbom, Köpenhamn,

— Dansk Tandlægeforening, som företräder Jørgen Bagner och Jørgen Rasmussen, genom advokaten Henrik Wedell-Wedellsborg, Köpenhamn,

— Dansk Handel & Service, som företräder Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, genom advokaten Peter Herskind, Köpenhamn,

— Frankrikes regering, genom Catherine de Salins, sous-directeur, utrikesministeriets rättsavdelning, och Anne de Bourgoing, chargé de mission, samma avdelning, båda i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom John E. Collins, Assistant Treasury Solicitor, i egenskap av ombud, och Dinah Rose, barrister,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren Hans Peter Hartvig och Marie Wolfcarius, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 12 juni 1997 av: Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, som företräder Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen och Tina Pedersen, företrätt av Lars Svenning-Andersen, Kristelig Funktionær-Organisation, som företräder Pia Sørensen, företrädd av Søren Juul, Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger, som företräder Kvickly Skive, företrädd av Mariann Norrbom, Dansk Tandlægeforening, som företräder Jørgen Bagner och Jørgen Rasmussen, företrädd av advokaten Christian Schow Madsen, Köpenhamn, Dansk Handel & Service, som företräder Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, företrädd av advokaten Peter Vibe Jespersen, Köpenhamn, Frankrikes regering, företrädd av Anne de Bourgoing, och kommissionen, företrädd av Hans Peter Hartvig och Marie Wolfcarius,

och efter att den 10 juli 1997 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Sø- og Handelsretten har genom beslut av den 20 februari 1996, som inkom till domstolen den 11 mars samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget ställt en fråga om tolkningen av artikel 119 i samma fördrag, rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78), rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191) och av rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

2 Dessa frågor har uppkommit i tvister mellan Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen, Tina Pedersen samt Pia Sørensen och deras respektive arbetsgivare Kvickly Skive, Jørgen Bagner, Jørgen Rasmussen samt Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, angående bibehållande av de anställdas lön vid frånvaro från arbetet som har samband med deras graviditet.

Bestämmelser i gemenskapsrätten

3 I artikel 119 i fördraget föreskrivs följande:

"Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete.

I denna artikel skall med 'lön' förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen.

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att

a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,

b) tidlön skall vara lika för lika arbete."

4 I artikel 1 i direktiv 75/117, som enligt fjärde övervägandet i ingressen till direktivet syftar till att underlätta den praktiska tillämpningen av denna bestämmelse, föreskrivs följande:

"Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härefter kallad 'likalönsprincipen', innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön."

5 I artikel 2.1 i direktiv 76/207 föreskrivs följande:

"I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus."

6 Av artikel 2.3 i direktiv 76/207 framgår dock att

"[d]etta direktiv [...] inte [skall] påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap".

7 I artikel 5.1 i samma direktiv fastställs därefter följande:

"Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön."

8 I artikel 4 i direktiv 92/85 föreskrivs följande:

"*Bedömning och information*

1. Arbetsgivaren skall bedöma arten, graden och varaktigheten av den exponering som arbetstagare enligt definitionen i artikel 2 utsätts för inom företaget eller verksamheten i fråga om samtliga arbetsuppgifter som kan medföra särskild risk för exponering för agenser, processer eller arbetsförhållanden enligt den icke-uttömmande förteckningen i bilaga 1. Bedömningen får göras självständigt eller med hjälp av utomstående sakkunniga inom området skyddsåtgärder och förebyggande åtgärder enligt artikel 7 i direktiv 89/391/EEG och skall ske i syfte att

— bedöma varje risk för säkerhet och hälsa och varje möjlig inverkan på graviditet eller amning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2,

— avgöra vilka åtgärder som bör vidtas.

2. Utan att detta påverkar tillämpningen av artikel 10 i direktiv 89/391/EEG, skall information om resultaten av den bedömning, som avses i punkt 1, och om samtliga åtgärder, som skall vidtas med avseende på säkerhet och hälsa i arbetet, lämnas till arbetstagare enligt definitionen i artikel 2 och till arbetstagare som kan antas befinna sig i något av de tillstånd som avses i artikel 2 inom företaget eller verksamheten i fråga eller dessas representanter."

9 I artikel 5 fastställs därefter följande:

"*Åtgärder med anledning av resultatet av bedömningen*

1. Utan att detta påverkar tillämpningen av artikel 6 i direktiv 89/391/EEG, skall arbetsgivaren, om resultatet av den bedömning som avses i artikel 4.1 visar på risk för säkerhet och hälsa eller inverkan på graviditet eller amning för någon arbetstagare enligt definitionen i artikel 2, vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att denna risk undanröjs genom en tillfällig ändring av arbetsförhållandena eller arbetstiden för arbetstagaren i fråga.

2. Om det av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt att ändra arbetstagarens arbetsförhållanden eller arbetstid, eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, skall arbetsgivaren vidta nödvändiga åtgärder för att ge arbetstagaren i fråga andra arbetsuppgifter.

3. Om det av tekniska eller andra objektiva skäl inte är möjligt att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter, eller om detta inte rimligen kan krävas av klart redovisade skäl, skall arbetstagaren i fråga beviljas ledighet enligt nationell lagstiftning eller praxis under så lång tid som detta är nödvändigt för att skydda hennes säkerhet och hälsa.

4. Bestämmelserna i denna artikel skall med vederbörliga ändringar tillämpas även i det fall då en arbetstagare som utför en arbetsuppgift som är förbjuden enligt artikel 6 blir gravid eller börjar amma och underrättar sin arbetsgivare om detta."

Vad beträffar artikel 11 i samma direktiv föreskrivs följande:

"*Arbetstagarnas rättigheter*

För att garantera att de arbetstagare som avses i artikel 2 skall kunna åtnjuta de rättigheter till skydd av säkerhet och hälsa som erkänns i denna artikel fastställs följande:

1. I de fall som avses i artikel 5—7 skall de rättigheter som följer av anställningsavtalet, även i fråga om bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning, säkerställas i nationell lagstiftning eller praxis för sådana arbetstagare som avses i artikel 2.

2. I det fall som avses i artikel 8 skall följande säkerställas:

a) Rättigheter enligt anställningsavtal, utöver dem som avses i punkt b, för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2.

b) Bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2.

3. Den ersättning som avses i punkt 2 b skall anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som arbetstagaren i fråga skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll av hälsoskäl, med förbehåll för eventuellt tak för ersättningen som fastställts i nationell lagstiftning."

Nationell lagstiftning

11 I 5 § första stycket i lag nr 516 av den 23 juli 1987 om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare (lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, nedan kallad lagen om arbetstagare) föreskrivs följande:

"Om den anställde på grund av sjukdom blir arbetsoförmögen, anses den försummelse av hans uppgifter som följer av denna arbetsoförmåga som laga förfall, såvida han inte under anställningsförhållandet har ådragit sig sjukdomen avsiktligen eller genom grov oaktsamhet, eller vid tillträdet av anställningen svekfullt har förtigit att han led av sjukdomen i fråga."

12 Av beslutet om hänskjutande framgår att begreppet sjukdom i denna bestämmelse omfattar varje fysisk eller psykisk sjukdom eller åkomma som enligt en läkares bedömning medför att den anställde inte kan utföra sitt arbete.

13 Enligt 5 § i lag nr 852 av den 20 december 1989 om dagpenning vid sjukdom eller barns födelse (lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel, nedan kallad lagen om dagpenning) skall en arbetstagare som är totalt arbetsoförmögen på grund av sjukdom fortsätta att erhålla full lön. Arbetsgivaren kan därefter få tillbaka ett belopp som motsvarar den dagpenning som den anställde annars skulle ha haft rätt till.

14 I fråga om graviditet och barnledighet fastställs dessutom i 7 § i lagen om arbetstagare följande:

"1. Den anställda är skyldig att senast tre månader före den beräknade tidpunkten för barnets födelse underrätta arbetsgivaren, för att denne skall kunna planera arbetet, om när hon avser att påbörja sin barnledighet.

2. Arbetsgivaren är skyldig att, vid en anställds graviditet, betala henne halv lön under högst fem månader från den tid då hon blev arbetsoförmögen, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln. Motsvarande skyldighet gäller om arbetsgivaren inte anser sig kunna ge den anställda arbete, även om hon inte är arbetsoförmögen. Om arbetsgivaren säger upp den anställda, skall han, med iakttagande av det varsel som hon har rätt till, betala henne full lön till dess att uppsägningen kan få verkan."

15 Av beslutet om hänskjutande framgår att arbetsoförmåga på grund av graviditet och barns födelse i princip inte medför samma rättigheter som arbetsoförmåga på grund av sjukdom.

16 Såsom framgår av ovannämnda bestämmelse har den anställda, under en period av högst fem månader som inleds tidigast tre månader före barnets födelse och som avslutas senast tre månader efter födseln, endast rätt att få halva lönen utbetald av arbetsgivaren.

17 En anställd som ådrar sig en sjukdom under graviditeten men innan barnledigheten inleds har, enligt 5 § i lagen om arbetstagare, endast rätt till full lön om denna sjukdom inte har samband med graviditeten.

18 Om en arbetsoförmåga eller ett graviditetsbetingat laga förfall inträder före de tre månader som föregår barnets födelse har den anställda i princip inte rätt att utfå sin lön. Hon uppbär emellertid förmåner i enlighet med lagen om dagpenning och allmänna råd nr 191 av den 27 oktober 1994.

19 Den anställda skall, på arbetsgivarens anmodan, bevisa att hon är arbetsoförmögen, varvid arbetsoförmågan skall ha fastställts av en läkare. Den anställda är inte skyldig att ange orsakerna till sin arbetsoförmåga, men hon skall ange om den har samband med graviditeten.

20 Slutligen kan arbetsgivaren, enligt 7 § andra stycket andra meningen i lagen om arbetstagare, skicka hem en gravid kvinna från arbetet, även om hon inte är arbetsoförmögen, om han inte anser sig kunna få användning för henne i arbetet. Arbetsgivaren är då skyldig att betala henne halv lön.

21 Skälen för denna bestämmelse är, enligt den nationella domstolen, att arbetsgivaren, med hänsyn till anställningens art, kan kräva att den anställda har en sådan arbetsförmåga som motiverar att hon upphör med arbetet före den period om tre månader som föregår barnets födelse. Arbetsgivaren skall kunna motivera ett beslut att skicka hem den anställda från arbetet.

Tvisten vid den nationella domstolen

22 Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen, Tina Pedersen och Pia Sørensen omfattas alla av den danska lagen om arbetstagare. De har alla haft ett onormalt graviditetsförlopp före de tre månader som föregick den beräknade tidpunkten för barnets födelse.

23 Berit Høj Pedersen och Bettina Andresen förklarades därför vara totalt arbetsoförmögna och fick inte längre sin lön av arbetsgivaren, som hänvisade dem till att begära dagpenning.

24 Tina Pedersen förklarades endast vara partiellt arbetsoförmögen. Hon föreslog därför sin arbetsgivare, Jørgen Rasmussen, att hon skulle återuppta sitt arbete på deltid, vilket denne inte godtog. Hon underrättades senare om att en person hade anställts på heltid för att ersätta henne och om att hennes lön inte längre skulle utbetalas. Även hon hänvisades således till att begära förtidsdagpenning vid barnledighet.

25 Vid förhandlingen framkom att det kvarstod en fråga avseende Pia Sørensens arbetsoförmåga.

26 Sökandena i målet vid den nationella domstolen väckte talan vid Sø-og Handelsretten där de, med hänvisning till de gällande reglerna i gemenskapsrätten om likabehandling av könen, har bestritt att 5 § i lagen om arbetstagare skall tolkas så, att kvinnor som är arbetsoförmögna på grund av graviditet före den period om tre månader som föregår den beräknade tidpunkten för barnets födelse inte har rätt till full lön.

27 Eftersom den nationella domstolen anser att utgången av det mål som är anhängigt vid den är beroende av hur gemenskapsrätten skall tolkas, har den beslutat att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Utgör gemenskapsrätten, närmare bestämt artikel 119 i EG-fördraget samt direktiv 75/117/EEG, 76/207/EEG och 92/85/EEG (nedan kallat direktiv 92/85), hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs att arbetsgivaren inte är skyldig att utbetala lön till gravida medarbetare, när

1. frånvaron beror på att graviditeten väsentligt förvärrar en sjukdom som i övrigt inte har något samband med graviditeten,

2. frånvaron beror på en sjukdom som har orsakats av graviditeten,

3. frånvaron beror på att graviditeten har ett sjukdomsförlopp och att fortsatt arbete medför en risk för kvinnans eller fostrets hälsa,

4. frånvaron beror på allmänna graviditetsbesvär under en normalt fortskridande graviditet, där det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga,

5. frånvaron sker mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, men där den medicinska rekommendationen inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret,

6. frånvaron beror på att arbetsgivaren, endast på grund av graviditeten, bedömer att han inte kan få användning för den gravida medarbetarens arbetskraft, trots att medarbetaren inte är arbetsoförmögen,

och den gravida medarbetaren i fallen 1—3 och 6 av staten tillförsäkras samma dagpenning som fås under sjukledighet, medan det i fallen 4 och 5 inte uppbärs någon dagpenning från staten, och när arbetsgivaren i övrigt enligt nationell lagstiftning är skyldig att utbetala full lön vid sjukdom?"

Det första, det andra och det tredje fallet

28 Genom sin fråga önskar den nationella domstolen för det första få veta om artikel 119 i fördraget samt direktiv 75/117 och 92/85 utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten

inleds blir arbetsoförmögen till följd av ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten, och som styrks av ett läkarintyg, inte har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare, utan dagpenning som utbetalas av en lokal myndighet, medan en arbetstagare vid arbetsoförmåga som har orsakats av sjukdom, och som styrks av ett läkarintyg, i princip har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare.

29 Det skall först erinras om att direktiv 75/117 i huvudsak syftar till att underlätta den praktiska tillämpningen av principen om lika lön i artikel 119 i fördraget och om att direktivet följaktligen inte på något sätt påverkar innehållet i eller räckvidden av denna princip, såsom den fastslås i den senare bestämmelsen (dom av den 3 december 1987 i mål 192/85, Newstead, REG 1987, s. 4753, punkt 20).

30 Vad beträffar direktiv 92/85 kan det konstateras att det antogs den 19 oktober 1992 och att medlemsstaterna, enligt artikel 14 i direktivet, skulle införliva det senast två år därefter. Att de faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen i huvudsak inträffade före utgången av tidsfristen för att införliva direktivet, men efter antagandet av det, hindrar inte att den nationella domstolen frågar domstolen hur direktivet skall tolkas (se i detta avseende dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, REG 1997, s. I-7411, och av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, REG 1987, s. 3969; svensk specialutgåva, volym 9).

31 Av fast rättspraxis följer nämligen att enligt artikel 177 i fördraget, som grundas på en klar kompetensfördelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen, kan EG-domstolen varken uttala sig om de faktiska omständigheterna i målet eller kritisera skälen för begäran. När en nationell domstol begär att bestämmelser i gemenskapsrätten skall tolkas, skall det anses att denna tolkning är nödvändig för att avgöra målet (dom av den 5 oktober 1977 i mål 5/77, Tedeschi, REG 1977, s. 1555, punkterna 17 och 18).

32 Det skall dessutom erinras om att, såsom domstolen har fastslagit i dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743), den lön som

arbetsgivaren skall utbetala under en arbetstagares sjukledighet faller under begreppet lön i artikel 119 i fördraget, som omfattar samtliga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner, aktuella eller framtida, som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen, vare sig det sker enligt anställningsavtal, lag eller frivilligt (se dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber, REG 1990, s. I-1889, punkt 12; svensk specialutgåva, volym 10, och av den 6 februari 1996 i mål C-457/93, Lewark, REG 1996, s. I-243, punkt 21).

33 Även om graviditet inte på något sätt kan likställas med ett sjukdomstillstånd (dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb, REG 1994, s. I-3567, punkt 25), står det ändå klart att graviditeten utgör en period under vilken det kan uppkomma problem och komplikationer som tvingar en kvinna att stå under strikt medicinsk övervakning och, i förekommande fall, att iaktta total vila under hela graviditeten eller en del därav. Dessa problem och komplikationer, som kan leda till arbetsoförmåga, sammanhänger naturligt med graviditet och hör således till särdragen hos detta tillstånd (dom av den 30 juni 1998 i mål C-394/96, Brown, REG 1998, s. I-4185, punkt 22).

34 Av handlingarna i målet framgår i detta fall att varje arbetstagare, enligt den aktuella lagstiftningen i målet vid den nationella domstolen, i princip har rätt till bibehållen full lön vid arbetsoförmåga.

35 Den omständigheten att en kvinna, innan barnledigheten inleds, förlorar sin fulla lön när den arbetsoförmåga som hon har drabbats av beror på ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten, måste i allt väsentligt anses vara grundad på graviditeten, och således anses vara diskriminerande.

36 Det skulle endast förhålla sig på annat sätt om de belopp som de anställda erhåller såsom dagpenning motsvarar de belopp som deras lön uppgår till. Om detta vore fallet tillkommer det ändå den nationella domstolen att pröva om den omständig-

heten att dagpenningen utbetalas av en lokal myndighet är av sådant slag att den kan ge upphov till diskriminering i strid med artikel 119 i fördraget.

37 Av detta följer att tillämpningen av sådana lagbestämmelser som är i fråga i målen vid den nationella domstolen utgör diskriminering av kvinnliga arbetstagare, som strider mot artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117.

38 Svarandena i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att artikel 11 i direktiv 92/85 medger att det i nationell lagstiftning fastställs ett tak för de förmåner som de kvinnliga arbetstagarna kan komma i åtnjutande av vid graviditet. De har dessutom förklarat att även om diskriminering skulle föreligga, är detta berättigat av det skälet att den danska lagstiftningen återspeglar den omständigheten att de risker och ekonomiska bördor som är förbundna med graviditet är fördelade mellan den gravida arbetstagaren, arbetsgivaren och samhället, varvid fördelningen särskilt motiveras av en avvägning mellan strävan att underlätta de kvinnliga arbetstagarnas tillträde till arbetsmarknaden och behovet att garantera dem ett skydd vid graviditet.

39 Det skall först noteras att det av artikel 11.3 i direktiv 92/85 framgår att ett visst tak som fastställs i nationell lagstiftning endast får tillämpas på lön eller ersättning som utbetalas till arbetstagare vid barnledighet, såsom denna ledighet för övrigt definieras i artikel 8 i samma direktiv.

40 Vad beträffar strävan att säkerställa en fördelning av de risker och ekonomiska bördor som är förbundna med graviditet mellan den gravida arbetstagaren, arbetsgivaren och samhället, förhåller det sig på så sätt att den inte kan berättiga en sådan diskriminering som fastslås i punkt 35 i denna dom. Denna strävan kan nämligen inte anses utgöra en objektiv faktor som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön i den mening som avses i domstolens rättspraxis (se domen i det ovannämnda målet Lewark, punkt 31).

41 Av vad som har anförts ovan följer att artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117 utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds blir arbetsoförmögen till följd av ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten, och som styrks av ett läkarintyg, inte har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare, utan dagpenning som utbetalas av en lokal myndighet, medan en arbetstagare vid arbetsoförmåga som har orsakats av sjukdom, och som styrks av ett läkarintyg, i princip har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare.

Det fjärde och det femte fallet

42 Genom sin fråga önskar den nationella domstolen vidare få veta om artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117 utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds är frånvarande från sitt arbete på grund av antingen allmänna graviditetsbesvär, när det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga, eller mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, som inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskilda risker för fostret, inte har rätt att utfå lön av sin arbetsgivare, när varje arbetstagare som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom i princip har rätt till detta.

43 Det skall inledningsvis konstateras att det vid förhandlingen har framkommit att den nationella domstolen ännu inte slutgiltigt har avgjort frågan huruvida Pia Sørensen omfattas av det fjärde eller det femte fallet.

44 Det finns följaktligen anledning att undersöka de två beskrivna fallen.

45 Som domstolen tidigare har slagit fast i dom av den 12 juli 1979 i mål 244/78, Union laitière normande (REG 1979, s. 2663), punkt 5, krävs det för att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är till nytta för den nationella domstolen en bestämning av det rättsliga sammanhang i vilket den begärda tolkningen skall sättas in. Ur det perspektivet kan det beroende på omständigheterna vara lämpligt att sakförhållandena är klarlagda och att de frågor som uteslutande skall bedömas enligt nationell rätt är avgjorda när ärendet hänskjuts till domstolen, så att den kan ta del av alla faktiska och rättsliga omständigheter som kan ha betydelse för dess tolkning av gemenskapsrätten (dom av den 10 mars 1981 i de förenade målen 36/80 och 71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association m. fl., REG 1981, s. 735, punkt 6; svensk specialutgåva, volym 6).

46 Dessa överväganden begränsar dock inte på något vis det utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer den nationella domstolen, vilken är ensam om att ha direkt kännedom om sakförhållandena i målet och parternas argument, som bär ansvaret för det rättsliga avgörande som skall meddelas och som följaktligen är mest lämpad att avgöra i vilket skede av rättegången den behöver ett förhandsavgörande av domstolen (domen i det ovannämnda målet Irish Creamery Milk Suppliers Association m. fl., punkt 7).

47 Det skall härefter erinras om att såsom framgår av punkt 32 i denna dom faller den lön som en arbetstagare uppbär under en sjukledighet under begreppet lön i den mening som avses i artikel 119 i fördraget.

48 Det är emellertid av vikt att påpeka att till skillnad från de tre första fallen, som har angetts av den nationella domstolen, är den gravida kvinnan, innan barnledigheten inleds, inte frånvarande från sitt arbete på grund av ett sjukdomstillstånd eller särskilda risker för fostret, som ger upphov till en arbetsoförmåga som styrks av ett läkarintyg, utan på grund av antingen allmänna graviditetsbesvär eller mot bakgrund av endast en medicinsk rekommendation, utan att det i något av dessa två fall är fråga om arbetsoförmåga.

49 Det kan följaktligen inte anses att den minskning, och även bortfall, av lönen som den anställda drabbas av på grund av sådan frånvaro, som inte beror på arbetsoförmåga, i allt väsentligt grundas på själva graviditeten, men däremot på den anställdas val att inte arbeta.

50 Av vad som har anförts ovan följer att artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117/EEG inte utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds är frånvarande från sitt arbete på grund av antingen allmänna graviditetsbesvär, när det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga, eller mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, som inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskilda risker för fostret, inte har rätt att utfå sin lön av arbetsgivaren, när varje arbetstagare som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom i princip har rätt till detta.

Det sjätte fallet

51 Genom sin fråga önskar den nationella domstolen slutligen få veta om direktiven 76/208 och 92/85 utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en arbetsgivare kan skicka hem en gravid kvinna från arbetet utan att betala henne full lön, när han anser att han inte kan få användning för henne i arbetet, trots att hon inte är arbetsoförmögen.

52 Det skall först påpekas att enligt artikel 5 i direktiv 76/207 skall kvinnor och män åtnjuta samma arbetsvillkor, inklusive villkor om uppsägning.

53 Om en sådan lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen uteslutande berör anställda av kvinnligt kön, utgör den diskriminering, som strider mot denna bestämmelse.

54 Det är riktigt att artikel 2.3 i direktiv 76/207, genom att medlemsstaterna däri förbehålls rätten att bibehålla eller införa bestämmelser till skydd för kvinnor vid "graviditet och moderskap", innebär ett erkännande av att det är befogat att, med beaktande av principen om likabehandling av könen, skydda kvinnans fysiska tillstånd under och efter graviditeten (domen i det ovannämnda målet Webb, punkt 20).

55 En sådan lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan emellertid inte omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse.

56 Av beslutet om hänskjutande framgår nämligen att den danska lagstiftningen inte i första hand syftar till att skydda gravida kvinnors fysiska tillstånd, utan till att skydda arbetsgivarnas intressen. Enligt den nationella domstolen grundas en sådan lagstiftning således på tanken att arbetsgivaren, med hänsyn till anställningens art, kan kräva att den anställda har en sådan arbetsförmåga som motiverar att hon upphör med arbetet före den period om tre månader som föregår barnets födelse.

57 Vad beträffar direktiv 92/85 skall det påpekas att det genom artiklarna 4 och 5 i direktivet fastställs ett förfarande för bedömning och information i fråga om arbetsuppgifter som kan medföra en risk för säkerhet och hälsa samt inverkar på graviditet eller amning för kvinnliga arbetstagare. Detta förfarande kan resultera i att arbetsgivaren tillfälligt ändrar arbetsförhållandena eller arbetstiden eller, om en sådan ändring inte är möjlig, ger arbetstagaren andra arbetsuppgifter. Det är endast för det fall det visar sig att även en sådan ändring inte är möjlig som den kvinnliga arbetstagaren skall beviljas ledighet enligt nationell lagstiftning eller praxis under så lång tid som detta är nödvändigt för att skydda hennes säkerhet och hälsa.

58 Av beslutet om hänskjutande framgår att sådan lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte uppfyller de materiella och de formella kraven i direktiv 92/85 för att befria en kvinnlig arbetstagare från att fullgöra sin arbets-

prestation. Den anställda beviljas ledighet om detta motiveras av arbetsgivarens intresse. Vidare kan arbetsgivaren fatta ett sådant beslut utan att det först görs en undersökning av möjligheten att ändra arbetsförhållandena eller arbetstiden eller av möjligheten att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter.

59 Av vad som har anförts ovan följer att direktiven 76/207 och 92/85 utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en arbetsgivare kan skicka hem en gravid kvinna från arbetet utan att betala henne full lön, när han anser att han inte kan få användning för henne i arbetet, trots att hon inte är arbetsoförmögen.

Rättegångskostnader

60 De kostnader som har förorsakats den franska och den brittiska regeringen och kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 20 februari 1996 har ställts av Sø- og Handelsretten — följande dom:

1) Artikel 119 i EG-fördraget och rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om

tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds blir arbetsoförmögen till följd av ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten, och som styrks av ett läkarintyg, inte har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare, utan dagpenning som utbetalas av en lokal myndighet, medan en arbetstagare vid arbetsoförmåga som har orsakats av sjukdom, och som styrks av ett läkarintyg, i princip har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare.

2) Artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117 utgör inte hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds är frånvarande från sitt arbete på grund av antingen allmänna graviditetsbesvär, när det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga, eller mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, som inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskilda risker för fostret, inte har rätt att utfå sin lön av arbetsgivaren, när varje arbetstagare som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom i princip har rätt till detta.

3) Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor och rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en arbetsgivare kan skicka hem en gravid kvinna från arbetet utan att betala henne full lön, när han anser att han inte kan få användning för henne i arbetet, trots att hon inte är arbetsoförmögen.

Kapteyn Hirsch Mancini

Murray Schintgen

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 november 1998.

R. Grass P. J. G. Kapteyn

Justitiesekreterare Ordförande på sjätte avdelningen