FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT
fremsat den 6. maj 2010[1]

I — Indledning

1. Denne præjudicielle anmodning giver Domstolen mulighed for at præcisere sin praksis vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn.

2. I henhold til spansk ret har mødre, der er lønmodtagere, i de første ni måneder efter deres barns fødsel ret til en daglig nedsættelse af arbejdstiden. Loven taler ganske vist om en ret til fravær »for at amme«, men efter spansk retspraksis bevilges mødre, der ikke ammer, også denne ret. Indledningsvis skal det således bemærkes, at begrebet »ammeorlov« er misvisende, da amningen netop ikke er en betingelse for retten til orlov. Holder en kvindelig arbejdstager ikke selv orlov, kan barnets fader, såfremt han ligeledes er lønmodtager, holde orlov i stedet for moderen.

3. Hr. Roca Álvarez ansøgte sin arbejdsgiver om en sådan orlov. Han fik afslag med den begrundelse, at barnets moder var selvstændig erhvervsdrivende og derfor ikke selv havde ret til orlov. Af denne grund havde Roca Álvarez ifølge arbejdsgiveren heller ingen afledt ret hertil. Spansk ret hjemler nemlig ikke selvstændig ret til orlov for en fader, der er lønmodtager. Roca Álvarez ser dette som en forskelsbehandling på grundlag af køn.

II — Retsforskrifter

A — *EU-retten*

4. De relevante EU-retlige rammer for denne sag er 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].

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 39, s. 40.

1. Direktiv 76/207

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

»Dette direktiv tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring. Dette princip betegnes i det følgende »princippet om ligebehandling«.«

6. Direktivets artikel 2, stk. 1 og 3, fastsætter:

»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.«

7. Direktivets artikel 5, stk. 1, præciserer:

»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. Direktiv 96/34

8. Der skal herudover henvises til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS [3].

9. Dette direktiv iværksætter rammeaftalen vedrørende forældreorlov, der blev indgået den 14. december 1995 mellem de generelle tværfaglige organisationer (UNICE, CEEP og EFS). Denne rammeaftale er vedføjet direktivet som bilag.

3 — EFT L 145, s. 4.

10. Rammeaftalens § 2, stk. 1, bestemmer:

»1. I medfør af denne aftale, dog med forbehold af stk. 2, bevilges der arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, individuel ret til forældreorlov i forbindelse med et barns fødsel eller i forbindelse med adoption af et barn, for at den pågældende kan passe dette barn i mindst tre måneder, indtil barnet har nået en nærmere fastsat alder, der kan være op til otte år, og som fastlægges af medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter.«

B — *National ret*

11. Forholdet mellem arbejdsmarkedets parter er i Spanien reguleret i Estatuto de los Trabajadores (herefter »lov om arbejdstagernes rettigheder«), som ændret ved Real Decreto Legislativo (kongeligt lovdekret) nr. 1/1995 af 24. marts 1995 [4]. Lovens artikel 1 bestemmer, at loven finder anvendelse på personer, der frivilligt tilbyder deres tjenesteydelser mod betaling for en andens regning inden for rammerne af en organisation og efter anvisning fra en fysisk eller juridisk person, kaldet arbejdsgiver.

12. Artikel 1, stk. 3, i lov om arbejdstagernes rettigheder præciserer, at enhver beskæftigelse udøvet inden for en ramme, der afviger fra den i artikel 1, stk. 1, definerede, ikke omfattes af lov om arbejdstagernes rettigheder.

13. Artikel 37, stk. 4, i lov om arbejdstagernes rettigheder i den affattelse, der ifølge den forelæggende ret var gældende på tidspunktet for sagsøgerens påstand i den foreliggende sag, bestemmer:

»Kvindelige arbejdstagere har, for at amme et barn under ni måneder, ret til en times fravær fra arbejdspladsen, som kan opdeles i to dele. Kvinden kan efter eget ønske erstatte denne ret med en halv times nedsættelse af sin daglige arbejdstid med det samme formål. Denne orlov gælder uden forskel for moderen og faderen, såfremt de begge arbejder.«

14. Artikel 37 i lov om arbejdstagernes rettigheder blev ændret ved lov nr. 3/2007 af 22. marts 2007 [5]. I den ændrede affattelse er det, i modsætning til den tidligere affattelse, bl.a. fastsat, at kvinden efter eget ønske i stedet for retten til en times fravær fra arbejdspladsen eller en halv times nedsættelse af den daglige arbejdstid kan vælge at kumulere den til hele dage på de betingelser, der er fastsat i en kollektiv overenskomst eller i den aftale, hun måtte nå frem til med arbejdsgiveren, som i givet fald overholder det i overenskomsten fastsatte.

4 — BOE nr. 75 af 29.3.1995, s. 9654.

5 — BOE nr. 71 af 23.3.2007, s. 12611.

III — Sagens faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

15. Roca Álvarez (herefter »sagsøgeren«) er ansat i virksomheden Sesa Start España ETT SA (herefter »arbejdsgiveren«).

16. Den 7. marts 2005 ansøgte han sin arbejdsgiver om lønnet ammeorlov som fastsat i artikel 37, stk. 4, i lov om arbejdstagernes rettigheder. Arbejdsgiveren afslog ansøgningen med den begrundelse, at sagsøgerens hustru var selvstændig erhvervsdrivende og ikke arbejdstager. Det var jo et nødvendigt krav for at blive omfattet af retten til den ønskede orlov, at moderen var arbejdstager.

17. Roca Álvarez anlagde sag til prøvelse af afslaget. Førsteinstansretten fandt, at retten til ammeorlov udelukkende tilkommer moderen, henset til affattelsen af forskriften i lov om arbejdstagernes rettigheder, som indledes med: »Kvindelige arbejdstagere [...]«. Det kræves desuden, at hun er lønmodtager, da loven om arbejdstagernes rettigheder ellers ikke finder anvendelse. Retten nægtede derfor Roca Álvarez ret til orlov under hensyn til, at moderen er selvstændig erhvervsdrivende. Da moderen ikke har ret til den omhandlede orlov, har faderen heller ikke nogen afledt ret.

18. Sagsøgeren ankede denne dom til Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Denne instans mener, at den af faderen ønskede ret kun kan anerkendes, såfremt det forhold, at besiddelse af retten til ammeorlov udelukkende tilkommer moderen, tilsidesætter princippet om ligebehandling.

19. På denne baggrund har Tribunal Superior de Justicia de Galicia forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Tilsidesætter en national lov (nærmere bestemt artikel 37, stk. 4, i lov om arbejdstagernes rettigheder) — der anerkender, at udelukkende mødre, som er arbejdstagere, er indehavere af retten til lønnet ammeorlov, bestående i en halv times nedsættelse af den daglige arbejdstid eller en times fravær fra arbejdspladsen, som kan opdeles i to dele, og som er frivillig og lønnet af arbejdsgiveren, og gælder indtil barnet fylder ni måneder, mens fædre, der er arbejdstagere, ikke er indehavere af denne ret — princippet om ligebehandling, som hindrer enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, og som er anerkendt i traktatens artikel 13 og i 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 i direktiv 2002/73 om ændring af direktiv 76/207?«

20. Under sagen for Domstolen har den spanske regering og Irland samt Kommissionen indgivet skriftlige indlæg.

IV — Retlige bemærkninger

21. Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret oplyst, om en national ordning, hvorefter kun kvindelige arbejdstagere tildeles en selvstændig ret til »ammeorlov«, er i strid med det princip om ligebehandling af mænd og kvinder, der er fastlagt i EU-retten. I det præjudicielle spørgsmål henvises i så henseende til artikel 13 EF (nu artikel 19 TEUV) samt til direktiv 76/207 og direktiv 2002/73 [6].

22. Den retlige bedømmelse nedenfor foretages alene på grundlag af direktiv 76/207, idet direktiv 2002/73 allerede af tidsmæssige årsager næppe kan finde anvendelse på den foreliggende sag. Fristen for gennemførelse af direktiv 2002/73 udløb den 5. oktober 2005. Sagsøgerens ansøgning om »ammeorlov« blev dog fremsat allerede den 7. marts 2005 og dermed før gennemførelsesfristens udløb. Tidsrummet for den ansøgte ammeorlov ligger også før gennemførelsesfristens udløb, idet den skulle have været holdt fra 4. januar 2005 til 4. oktober 2005.

23. Såfremt spansk ret med hensyn til afgørelsen i hovedsagen ikke tager udgangspunkt i retsstillingen på ansøgningstidspunktet, men derimod på et senere tidspunkt — eksempelvis tidspunktet for retsafgørelsen i sidste instans — var fristen for gennemførelse af direktivet allerede udløbet. Dette ville imidlertid ikke ændre resultatet af den retlige bedømmelse, idet de bestemmelser, der er relevante i den foreliggende sag, ikke blev ændret afgørende ved direktiv 2002/73.

24. Den forelæggende ret har i spørgsmålet ikke nævnt den omarbejdede affattelse af direktivet i direktiv 2006/54 [7], der skulle gennemføres senest den 15. august 2008, og dette ville i øvrigt af tidsmæssige årsager under ingen omstændigheder kunne finde anvendelse.

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, EFT L 269, s. 15.

7 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5.7.2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, EUT L 204, s. 23.

A — *Direktiv 76/207*

25. Direktiv 76/207 tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i erhvervsmæssig sammenhæng. Derfor forbyder direktivets artikel 2, stk. 1, både direkte og indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Artikel 5, stk. 1, præciserer, at anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn. Efterfølgende skal det således indledningsvis undersøges, om de omtvistede bestemmelser vedrører arbejdsvilkår og medfører forskelsbehandling på grundlag af køn.

1. Forskelsbehandling for så vidt angår arbejdsvilkår

26. Artikel 37, stk. 4, i den spanske lov om arbejdstagernes rettigheder giver ret til nedsat arbejdstid i de første ni måneder efter et barns fødsel. Nedsættelsen kan enten bestå i en halv times nedsættelse af den daglige arbejdstid eller i en times fravær fra arbejdspladsen, som kan opdeles i to dele. Den omtvistede ordning vedrører således arbejdets omfang og dermed arbejdsvilkårene. Den er derfor omfattet af artikel 5 i direktiv 76/207.

27. En sådan bestemmelse fører også til forskelsbehandling på grundlag af køn.

28. Artikel 37, stk. 4, i den spanske lov om arbejdstagernes rettigheder bevilger ifølge sin ordlyd kun *kvindelige arbejdstagere* ret til arbejdstidsnedsættelse, hvorimod mandlige arbejdstagere ikke har en selvstændig ret til arbejdstidsnedsættelse. De har højst en afledt ret. Kun såfremt moderen har en selvstændig ret, kan faderen også benytte sig af denne ret.

29. Forskelsbehandlingen består således i, at kvindelige arbejdstagere har en *selvstændig* ret til arbejdstidsnedsættelsen, hvorimod mandlige arbejdstageres ret er *afledt* af den ret, der tilkommer barnets moder. Mens en moder, der er arbejdstager, således altid har ret til arbejdstidsnedsættelse, kan en fader, der er arbejdstager, kun benytte sig af en sådan ret, såfremt barnets moder også er arbejdstager. Hvis moderen derimod er selvstændig erhvervsdrivende og derfor ikke selv har ret til arbejdstidsnedsættelse, har faderen heller ingen tilsvarende ret. Den kvindelige arbejdstager har derimod en sådan ret, selv om faderen til hendes barn er selvstændig erhvervsdrivende.

31. Det skal herefter undersøges, om denne forskelsbehandling er tilladt efter direktivets undtagelsesbestemmelser.

33. Direktivets artikel 2, stk. 3, har ifølge fast retspraksis til formål at beskytte kvindens behov i to henseender. Bestemmelsens formål er dels beskyttelsen af hendes fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, dels beskyttelsen af forholdet mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen [10].

2. Bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab

34. Den omtvistede spanske ordning udgør imidlertid ikke en forskelsbehandling, der er tilladt i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, for ved en nærmere betragtning er denne ordning ikke en bestemmelse vedrørende beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab som omhandlet i direktivet.

32. Direktivets artikel 2, stk. 3, giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder »i forbindelse med graviditet og moderskab«. Denne bestemmelse er en undtagelse fra princippet om ligebehandling. Bestemmelsen skal derfor fortolkes strengt [8], for at den generelle regel ikke udhules for sit indhold [9].

35. En bestemmelse, hvorefter *ammende* arbejdstagere stilles gunstigere i visse henseender, ville uden tvivl have til formål at beskytte kvinder i forbindelse med moderskab. Kun kvinder kan amme deres barn, og amningen er desuden direkte forbundet med moderskabet. Irland har derfor ret i, at det ikke udgør en forbudt forskelsbehandling af mandlige

8 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 44.

9 — Jf. i denne retning dom af 22.4.2010, sag C-346/08, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 3491, præmis 39.

10 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25, af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 25, af 18.3.2004, sag C-342/01, Merino Gómez, Sml. I, s. 2605, præmis 32, af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 43, og af 20.9.2007, sag C-116/06, Kiiski, Sml. I, s. 7643, præmis 46. Om forældre-barn-forholdet, jf. punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

arbejdstagere, hvis ammende arbejdstagere stilles gunstigere.

36. Selv om den omhandlede spanske arbejdstidsnedsættelse betegnes som ammeorlov, er dens hovedformål ikke at beskytte ammende mødre. Som den forelæggende ret har anført, havde ordningen, der stammer fra år 1900, oprindeligt til formål at muliggøre moderens amning, men den er i mellemtiden blevet gjort uafhængig af dette formål. I dag er amningen ikke længere en betingelse for arbejdstidsnedsættelsen. Tværtimod er det i spansk retspraksis accepteret, at denne bestemmelse også gælder, når barnet flaskeernæres.

37. Den forelæggende ret har derfor korrekt anført, at formålet med arbejdstidsnedsættelsen alene er at give tid til børnepasning. At formålet med den omtvistede orlov ikke blot har fjernet sig fuldstændigt fra amningen, men også fra det mere generelle ernæringsmæssige aspekt, fremgår desuden tydeligt af den sidste ændring af artikel 37 i lov om arbejdstagernes rettigheder [11]. Denne ændring har nemlig gjort det muligt at kumulere retten til en times dagligt fravær fra arbejdspladsen til en sammenhængende orlov. På dage, hvor man arbejder, gives der i så fald slet ingen ekstra tid til amning eller ernæring af barnet.

38. I øvrigt kan arbejdstidsnedsættelsen efter spansk ret også benyttes af faderen, såfremt moderen kan kræve arbejdstidsnedsættelse. Dette bekræfter, at den spanske bestemmelse har karakter af en foranstaltning, der skal lette børnepasningen, og ikke af en foranstaltning for at beskytte kvindens fysiske tilstand. Dels kan både et barns flaskeernæring og børnepasningen generelt varetages af fædre på samme måde, dels fremgår det ikke, hvori beskyttelsen af kvindens fysiske tilstand består, hvis hun ikke selv benytter sig af en arbejdstidsnedsættelse og arbejder videre i fuldt omfang, mens hendes ægtemand nyder godt af en arbejdstidsnedsættelse.

39. Domstolen har ganske vist gentagne gange understreget, at direktivet indrømmer medlemsstaterne et skøn for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de træffer for at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab [12]. Det betyder, at medlemsstaterne har et vidt skøn med hensyn til, hvilke foranstaltninger de anser for nødvendige med henblik på denne beskyttelse. Som følge heraf kan foranstaltningerne også variere fra medlemsstat til medlemsstat.

11 — Denne ændring finder ifølge den forelæggende ret tidsmæssigt ganske vist ikke anvendelse på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, men den kan alligevel inddrages med henblik på vurderingen af den omhandlede arbejdstidsnedsættelses karakter.

12 — Hofmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 27.

40. Når den spanske ordning tillader, at faderen kan benytte sig af arbejdstidsnedsættelsen, såfremt moderen har ret hertil, er det imidlertid et klart udtryk for, at ordningen ikke i første række skal beskytte moderen. Denne ordning skal derimod ses ud fra barnets synsvinkel, hvorefter dets pasningsbehov kan dækkes ved, at enten moderen eller faderen får nedsat arbejdstiden.

41. I så henseende adskiller den foreliggende sag sig også fra de faktiske omstændigheder, der lå til grund for dommen i Hofmann-sagen. I den sag drejede det sig om en national ordning i et medlemsland, der *alene* gav mødre ret til en forlænget orlov, som staten ydede støtte til, i fortsættelse af en lovbestemt barselsorlov. Denne kunne under ingen omstændigheder også gøres gældende af faderen. I den pågældende sammenhæng fastslog Domstolen, at medlemsstaterne i henhold til direktiv 76/207 ikke er forpligtet til at give faderen ret til den forlængede orlov, da formålet med en sådan orlov er at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab.

42. Herved fremhævede Domstolen barselsorlovens funktion som beskyttelse af det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter fødslen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udøver sit erhvervsarbejde og derved udsættes for en dobbeltbelastning [13]. Dette aspekt af beskyttelsen anses til dels for forældet, da den nødvendige omsorg også kan ydes af barnets fader [14]. I al fald burde en dobbeltbelastning af moderen netop kunne undgås ved, at faderen påtager sig barnets pasning. I den foreliggende sag er en endelig afklaring af, hvilken betydning dette aspekt af beskyttelsen har i EU-retten, dog ikke nødvendig, da det direkte fremgår af spansk ret — idet orloven i mange tilfælde også kan benyttes af faderen — at det væsentlige aspekt ikke er beskyttelsen af det særlige forhold mellem moderen og barnet.

43. Afslutningsvis skal der tages stilling til den spanske regerings indsigelse om, at kun kvinder bør tildeles en individuel ret til den omhandlede arbejdstidsnedsættelse, da kun de kan beslutte, hvordan barnet skal ernæres. Denne indsigelse er imidlertid forfejlet alene af den grund, at den omhandlede arbejdstidsnedsættelse kun historisk set og ud fra navnet er en »ammeorlov«, men i den spanske retspraksis er gjort fuldstændig uafhængig af spørgsmålet om barnets ernæring. Det rejser ganske vist det generelle spørgsmål, hvem der skal have ret til arbejdstidsnedsættelsen, hvis forældrene ikke kan blive enige herom. For at løse den konfliktsituation er det imidlertid på ingen måde nødvendigt på forhånd at afskære faderen fra en individuel ret til arbejdstidsnedsættelsen. Derimod bør der i den nationale ret foretages en afvejning af disse

13 — Jf. de ovenfor i fodnote 10 nævnte domme.

14 — Jf. f.eks. Langenfeld i: Grabitz og Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, revideret januar 2008, artikel 141, nr. 101.

interesser, der er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling.

46. Det er i sig selv ikke indlysende, at en ret til delvist fravær fra arbejdspladsen, sådan som den er udformet i den spanske ordning, kan bidrage til at fjerne, eller blot reducere, de faktiske uligheder, der påvirker kvinders muligheder. Det forholder sig tværtimod lige omvendt, idet en ordning som den spanske indebærer en risiko for, at erhvervsaktive kvinder stilles ringere.

3. Foranstaltninger til fremme af lige muligheder

44. Endelig skal det undersøges, om en ordning som den i hovedsagen omhandlede er tilladt i henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207. I henhold hertil er direktivet ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, såfremt disse har til formål at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder.

45. Det fremgår af fast retspraksis, at sidstnævnte bestemmelse har det præcise og afgrænsede formål at tillade foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som reelt fjerner eller reducerer de uligheder, der faktisk er i samfundet [15].

47. Hvis kun kvindelige arbejdstagere har en individuel ret til den omhandlede arbejdstidsnedsættelse, mens mandlige arbejdstagere alene har en afledt orlovsret via barnets moder, fastholder en sådan ordning det traditionelle kønsrollemønster fremover [16] og begrænser endda muligheden for, at fædre, der er lønmodtagere, påtager sig børnepasningen. Kun såfremt begge forældre er lønmodtagere, kan de frit vælge, hvem der skal benytte sig af arbejdstidsnedsættelsen med henblik på børnepasning. Hvis kun faderen er lønmodtager, mens moderen er selvstændig erhvervsdrivende, har faderen ikke ret til arbejdstidsnedsættelse. Den ekstra tid til pasning, som den spanske lov om arbejdstagernes rettigheder har til formål at sikre, skal så stilles til rådighed af moderen, der med henblik herpå enten

15 — Dom af 17.10.1995, sag C-450/93, Kalanke, Sml. I, s. 3051, præmis 18, af 11.11.1997, sag C-409/95, Marschall, Sml. I, s. 6363, præmis 26, og af 19.3.2002, sag C-476/99, Lommers, Sml. I, s. 2891, præmis 32.

16 — Domstolen påpegede allerede denne risiko i Lommers-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 41.

må indskrænke sin selvstændige virksomhed og derfor acceptere økonomiske ulemper eller må påtage sig en tilsvarende merbelastning. Barnets fader, som er lønmodtager, kan imidlertid netop ikke aflaste hende.

48. Den forelæggende ret har ligeledes argumenteret i denne retning og henvist til, at den spanske ordning har en, med rettens eget udtryk, »boomerang-virkning«. Ud fra et arbejdsgiversynspunkt giver udformningen af det spanske retskrav nemlig anledning til at foretrække mandlige ansøgere frem for kvindelige i en ansættelsessituation. Når en arbejdsgiver ansætter en kvinde og dermed allerede må påregne senere graviditet og moderskab og deraf følgende rettigheder for hende, har hun under alle omstændigheder også krav på det omtvistede arbejdsfravær. Hun har under alle omstændigheder desuden også ret til den omtvistede arbejdstidsnedsættelse (ammeorlov). Når arbejdsgiveren ansætter en mand, er den reelle risiko for, at den pågældende i det hele taget gør brug af arbejdstidsnedsættelsen, ikke blot mindre, men oven i købet har arbejdstageren i de tilfælde, hvor barnets moder er selvstændig, slet ikke krav på den omtvistede arbejdstidsnedsættelse.

49. Artikel 2, stk. 4, begrunder således ikke den foreliggende forskelsbehandling.

B — *Direktiv 96/34*

50. Kommissionen har i sit indlæg anført, at en bestemmelse som den omtvistede også er i strid med rammeaftalen vedrørende forældreorlov. Orlov, der bevilges med henblik på børnepasning, er forældreorlov som omhandlet i dette direktiv. Rammeaftalens § 2 tildeler arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, individuel ret til forældreorlov. Denne bestemmelse hindres af en national ordning, hvorefter der i den omtvistede sammenhæng kun tildeles kvinder en individuel ret til arbejdstidsnedsættelse.

51. Den forelæggende ret har ikke henvist til direktiv 96/34 i sit præjudicielle spørgsmål. I den præjudicielle forelæggelses præmisser anfører den imidlertid, at der i spansk ret ikke findes én enkelt forældreorlov, idet direktivets formål opfyldes ved forskellige formler, herunder den omtvistede orlov. Forelæggelseskendelsen indeholder imidlertid ingen yderligere oplysninger herom. Navnlig mangler der enkeltheder om de andre spanske bestemmelser vedrørende forældreorlov. På denne baggrund er det ikke muligt at undersøge, om der foreligger en tilsidesættelse af direktiv 96/34. Da der imidlertid allerede

må antages at foreligge en tilsidesættelse af direktiv 76/207, er det heller ikke nødvendigt at tage stilling til, om direktiv 96/34 er blevet tilsidesat.

C — *Foreløbig konklusion*

52. En national ordning som den omtvistede er ikke forenelig med direktiv 76/207.

D — *Konsekvenser for hovedsagen*

53. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, hvilke konsekvenser der som følge af denne konstatering skal drages i hovedsagen, der har udgangspunkt i et privat ansættelsesforhold.

54. Herved må der dog henvises til fast retspraksis, hvorefter et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private og derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne [17].

55. Til gengæld har Domstolen i to nyere afgørelser fastslået, at det, også i tvister mellem private, påhviler de nationale retsinstanser at undlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder [18]. Fremtiden vil vise, om Domstolen vil udvide en sådan direkte horisontal virkning til at omfatte andre almindelige retsgrundsætninger såsom forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Navnlig inden en sådan videreudvikling finder sted, vil det være nødvendigt at drøfte det dogmatiske grundlag for denne omstridte direkte horisontale virkning og dens grænser [19].

17 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 20, af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 108 og 109, af 7.6.2007, sag C-80/06, Carp, Sml. I, s. 4473, præmis 20, og af 19.1.2010, sag C-555/07, Kücükdeveci, Sml. I, s. 365, præmis 46.

18 — Dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 77, og Kücükdeveci-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 51. Jf. herom også mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-499/08, Andersen, punkt 22 ff.

19 — Jf. i denne henseende f.eks. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 30.6.2005 i Mangold-sagen, Sml 2005 I, s. 9981, punkt 83, 84 og 100, generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse af 15.2.2007, sag C-411/05, Palacios de la Villa, Sml. 2007 I, s. 8531, punkt 133-138, og generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 22.5.2008, sag C-427/06, Bartsch, Sml. 2008 I, s. 7245, punkt 79-93, alle med yderligere henvisninger.

56. Da den forelæggende ret imidlertid ikke har anmodet Domstolen om at besvare dette spørgsmål, vil en undersøgelse heraf føre for vidt i denne sammenhæng.

57. Desuden skal en direktivkonform fortolkning af national ret altid have forrang. De nationale retsinstanser er forpligtet til at gøre alt, hvad der henhører under deres kompetence — idet de tager den nationale lovgivning i dens helhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret — for at sikre den fulde virkning af det pågældende direktiv og for at nå et resultat, som er i overensstemmelse med det, der tilsigtes med direktivet [20]. Det taler ikke imod en direktivkonform fortolkning af national ret, at den muligvis kan være til skade for den enkelte borger [21]. Det er således anerkendt, at pligten til at fortolke national ret direktivkonformt også gælder i horisontale retsforhold, hvor der nødvendigvis også er en borger, som belastes indirekte [22].

58. I denne sag taler meget for, at den forelæggende ret ved fortolkning kan nå frem til et direktivkonformt resultat. Den omtvistede bestemmelse er jo tidligere blevet fortolket udvidende og er under hensyntagen til den samfundsmæssige udvikling blevet gjort uafhængig af amningen, og i visse tilfælde er fædre også blevet bevilget ret til orloven. Den forelæggende ret har heller ikke givet udtryk for, at det ville volde den vanskeligheder at nå frem til det resultat, som jeg foreslår her, ved en fortolkning af spansk ret.

20 — Dommen i sagen Pfeiffer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 115 ff., dom af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 111, af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 101, og af 23.4.2009, forenede sager C-378/07 — C-380/07, Angelidaki m.fl., Sml. I, s. 3071, punkt 200.

21 — Jf. mit forslag til afgørelse af 8.2.2007, sag C-321/05, Kofoed, Sml. 2007 I, s. 5795, punkt 65 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Jf. f.eks. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 6 og 8, og Faccini Dori-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 20, 25 og 26.

V — Forslag til afgørelse

59. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde:

»En national ordning, hvorefter udelukkende mødre, som er arbejdstagere, er indehavere af en selvstændig ret til lønnet børnepasningsorlov, bestående i en halv times nedsættelse af den daglige arbejdstid eller en times fravær fra arbejdspladsen, som kan opdeles i to dele, mens fædre, der er arbejdstagere, ikke er indehavere af denne ret, tilsidesætter princippet om ligebehandling som omhandlet i 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.«