FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
föredraget den 6 maj 2010 [1]

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande innebär en möjlighet för domstolen att utveckla sin rättspraxis vad avser förbudet mot könsdiskriminering.

2. Enligt spansk rätt har anställda mödrar rätt till arbetstidsförkortning varje dag under de första nio månaderna efter barnets födelse. I lagen talas det visserligen om arbetsbefrielse ”för amning”. Enligt spansk rättspraxis medges emellertid även mödrar som inte ammar sådan arbetsbefrielse. Det ska redan här anmärkas att begreppet ”arbetsbefrielse för amning” är vilseledande, eftersom amning inte utgör ett villkor för denna arbetstidsförkortning. Om den kvinnliga arbetstagaren inte själv utnyttjar arbetsbefrielsen, så kan barnets fader utnyttja denna arbetstidsförkortning i moderns ställe, såvida han är anställd.

3. Roca Álvarez ansökte om sådan arbetsbefrielse hos sin arbetsgivare. Hans ansökan avslogs med motiveringen att barnets moder är egenföretagare och därmed saknar rätt till arbetsbefrielse. Därmed finns det ingen rättighet som Roca Álvarez kan överta. Enligt spansk rätt kan nämligen en fader som är anställd inte göra gällande ett självständigt anspråk på en sådan arbetsbefrielse. Roca Álvarez anser därför att han har diskriminerats på grund av kön.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

4. 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 [2] är den del av unionsrätten som är tillämplig i målet.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s.191.

1. Direktiv 76/207

5. Artikel 1.1 i direktiv 76/207 har följande lydelse:

”Syftet med detta direktiv är att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, enligt de villkor som nämns i punkt 2, social trygghet. Denna princip kallas härefter *likabehandlingsprincipen*.”

6. I artikel 2.1 och 2.3 i samma direktiv föreskrivs följande:

”1. 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.

…

3. Detta direktiv skall inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap.”

7. I artikel 5.1 i direktivet preciseras följande:

”1. 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.”

2. Direktiv 96/34

8. För fullständighetens skull ska det hänvisas till rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS [3]:

9. Syftet med sistnämnda direktiv är att genomföra det ramavtal om föräldraledighet som ingicks den 14 december 1995 mellan arbetsmarknadens parter i Europa (UNICE, CEEP och EFS). Ramavtalet återfinns som bilaga till direktivet.

3 — EGT L 145, s. 4.

10. Punkt 2.1 i ramavtalet har följande lydelse:

”1. Om inte annat följer av punkt 2.2 ges arbetstagare, kvinnor och män, genom detta avtal en individuell rätt till föräldraledighet med anledning av ett barns födelse eller vid adoption av ett barn för att vårda detta barn under minst tre månader och upp till en bestämd ålder som får vara upp till åtta år och som skall fastställas av medlemsstaterna och/eller av arbetsmarknadens parter.”

B — *Den nationella rätten*

11. Arbetsvillkoren regleras i Spanien i Estatuto de los Trabajadores (nedan kallad lagen om arbetstagare), vilken har konsoliderats i Real Decreto Legislativo nr 1/1995 av den 24 mars 1995. [4] I artikel 1 i lagen föreskrivs att denna lag är tillämplig på personer som av egen vilja erbjuder sina tjänster mot betalning från någon annan inom ramen för en organisation och under ledning av en fysisk eller juridisk person, vilken kallas arbetsgivare.

12. I artikel 1.3 i lagen om arbetstagare läggs fast att arbete som sker under andra förutsättningar än de som beskrivs i artikel 1.1 inte omfattas av tillämpningsområdet för lagen om arbetstagare.

13. Artikel 37.4 i lagen om arbetstagare hade, enligt den hänskjutande domstolen, vid den tidpunkt då målet anhängiggjordes följande lydelse:

”Kvinnliga arbetstagare har för amning av ett barn som är yngre än nio månader rätt till en timmes arbetsbefrielse, vilken kan delas upp i två tillfällen. Kvinnan kan efter eget bestämmande byta ut denna rätt mot en minskning av sin arbetsdag med en halvtimme i samma syfte. Både modern och fadern kan utnyttja denna arbetsbefrielse om båda arbetar.”

14. Artikel 37 i lagen om arbetstagare ändrades genom lag nr 3/2007 av den 22 mars 2007. [5] I den nya lydelsen föreskrivs, till skillnad från i den tidigare lydelsen, bland annat att den kvinnliga arbetstagaren efter eget bestämmande kan byta ut sin rätt till en timmes arbetsbefrielse mot en arbetstidsförkortning på en halv timme varje dag eller lägga ihop den till hela dagar på villkor som bestäms i kollektivavtal eller i en överenskommelse som hon kommer fram till med sin arbetsgivare med beaktande av kollektivavtalsbestämmelserna.

4 — BOE nr 75 av den 29 mars 1995, s. 9654.

5 — BOE nr 71 av den 23 mars 2007, s. 12611.

III — Bakgrunden och tolkningsfrågan

15. Roca Álvarez (nedan kallad klaganden) är anställd vid företaget Sesa Start España ETT SA (nedan kallad arbetsgivaren).

16. Den 7 mars 2005 ansökte klaganden hos sin arbetsgivare om sådan betald arbetsbefrielse som föreskrivs i artikel 37.4 i lagen om arbetstagare. Arbetsgivaren avslog hans ansökan med motiveringen att hans maka arbetade som egenföretagare och inte som arbetstagare. Att modern är arbetstagare utgör emellertid en nödvändig förutsättning för att han ska kunna beviljas arbetsbefrielse.

17. Roca Álvarez väckte talan mot detta beslut om avslag. Domstolen i första instans ansåg att endast mödrar har rätt till arbetsbefrielse för amning enligt ordalydelsen i den relevanta bestämmelsen i lagen om arbetstagare, vilken inleds med orden ”[k]vinnliga arbetstagare”. Därutöver måste modern vara anställd för att lagen om arbetstagare ska vara tillämplig. Domstolen i första instans ansåg därför att Roca Álvarez inte hade rätt till arbetsbefrielse, eftersom hans maka är egenföretagare. Eftersom modern saknar en sådan rättighet, saknar även fadern rätt att överta någon rättighet.

18. Klaganden överklagade detta avgörande till Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Denna domstol ansåg att klaganden endast kan tillerkännas rättigheten i fråga om det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att bara ge modern en sådan rättighet.

19. Tribunal Superior de Justicia de Galicia beslutade därför att ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

Strider en nationell lagbestämmelse (närmare bestämt artikel 37.4 i lagen om arbetstagare) – enligt vilken endast mödrar som är anställda har rätt till betald arbetsbefrielse för amning, som består i en frivillig minskning av arbetsdagen med en halv timme, eller i en timmes frivillig arbetsbefrielse, vilken kan delas upp i två tillfällen, på arbetsgivarens bekostnad fram till den dag då barnet fyller nio månader, medan fäder som är anställda inte tillerkänns en sådan rätt – mot likabehandlingsprincipen, som förbjuder varje könsdiskriminering och som stadgas i artikel 13 i fördraget, i 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 i direktiv 2002/73 om ändring av detta direktiv?

20. Den spanska och den irländska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden i målet.

IV — Rättslig bedömning

21. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida en nationell lagstiftning, enligt vilken endast kvinnliga arbetstagare har en självständig rätt till ”arbetsbefrielse för amning”, strider mot unionsrättens princip om likabehandling av kvinnor och män. Tolkningsfrågan rör härvid såväl artikel 13 EG (nu artikel 19 FEUF) som direktiven 76/207 och 2002/73. [6]

22. Den rättsliga bedömningen kommer framdeles endast att beröra direktiv 76/207. Direktiv 2002/73 torde nämligen inte vara tillämpligt i tiden vad avser förevarande fall. Fristen för införlivande av direktiv 2002/73 gick ut den 5 oktober 2005. Klagandens begäran om ”amningsledighet” inkom redan den 7 mars 2005, det vill säga innan denna frist gått ut. Även tiden för den amningsledighet som begäran rör ligger inom fristen för införlivande. Begäran rörde nämligen tiden från den 4 januari 2005 till den 4 oktober 2005.

23. Om den avgörande tidpunkten i det nationella målet enligt spansk rätt däremot inte är den tidpunkt då begäran om amningsledighet inkom utan en senare tidpunkt, exempelvis då målet avgörs i sista instans, så har tidsfristen för att införliva direktivet redan gått ut. Detta skulle emellertid inte påverka utgången i målet. Direktiv 2002/73 innehåller nämligen inga avgörande ändringar i sak av de här tillämpliga bestämmelserna.

24. Den hänskjutande domstolen har inte ställt sin fråga vad avser direktivets nya lydelse enligt direktiv 2006/54 [7], vilket skulle införlivas senast den 15 augusti 2008. För övrigt är det inte tillämpligt i tiden.

6 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 269, s. 15).

7 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning), EUT L 204, s. 23.

A — *Direktiv 76/207*

25. Syftet med direktiv 76/207 är att i medlemsstaterna genomföra principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. I detta sammanhang föreskrivs i artikel 2.1 att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt. I artikel 5.1 preciseras att tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor innebär att kvinnor och män ska vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön. I det följande ska härvid först prövas huruvida de omtvistade bestämmelserna rör arbetsvillkor och innebär att män och kvinnor behandlas olika på grund av kön.

1. Olika behandling vad avser arbetsvillkor

26. I artikel 37.4 i den spanska lagen om arbetstagare föreskrivs en rätt till arbetstidsförkortning under de första nio månaderna efter barnets födelse. Denna kan antingen bestå i en minskning av arbetsdagen med en halv timme, eller i en timmes arbetsbefrielse, vilken kan delas upp i två tillfällen. Den omtvistade bestämmelsen rör därmed arbetsinsatsen och således arbetsvillkoren. Den omfattas därför av tillämpningsområdet för artikel 5 i direktiv 76/207.

27. En sådan bestämmelse leder också till att män och kvinnor behandlas olika på grund av kön.

28. Artikel 37.4 i lagen om arbetstagare ger enligt sin ordalydelse endast *kvinnliga* arbetstagare rätt till arbetstidsförkortning, medan manliga arbetstagare däremot inte har en självständig rätt till arbetstidsförkortning. De har däremot en härledd rättighet: Det är endast om modern har en självständig rättighet, som fadern kan överta den.

29. Skillnaden i behandling ligger således i att kvinnliga arbetstagare har en *självständig* rätt till arbetstidsförkortning, medan manliga arbetstagare däremot endast har en *härledd* rättighet som härrör från modern. En moder som är arbetstagare har således alltid rätt till arbetstidsförkortning, medan en fader som är arbetstagare endast kan ha denna rättighet om även barnets moder är arbetstagare. Om modern däremot är egenföretagare och således inte själv har rätt till arbetstidsförkortning, har inte heller fadern någon sådan rätt. En kvinnlig arbetstagare har emellertid en sådan rätt även om barnets fader är egenföretagare.

30. I princip befinner sig män och kvinnor i detta sammanhang också i en jämförbar situation, eftersom den omtvistade arbetsbefrielsen – såsom kommer att framgå nedan – i första hand syftar till att tillgodose omsorgen om barnet. Eftersom den omtvistade bestämmelsen uttryckligen endast ger kvinnliga arbetstagare en sådan rätt, är det således fråga om en direkt skillnad i behandling på grund av kön.

31. Nedan kommer det att prövas huruvida denna skillnad i behandling är tillåten på grund av en undantagsbestämmelse i direktivet.

2. Bestämmelser om skydd för kvinnor vid graviditet och moderskap

32. Enligt artikel 2.3 i direktivet förbehålls medlemsstaterna rätten att upprätthålla eller införa bestämmelser till skydd för kvinnan ”vid graviditet och moderskap”. I denna bestämmelse rör det sig om ett undantag från likabehandlingsprincipen. Undantagsbestämmelsen ska således tolkas restriktivt, [8] så att den allmänna regeln inte urholkas. [9]

33. Enligt rättspraxis är artikel 2.3 i direktivet tänkt att skydda kvinnors intressen i två avseenden. Det ena är skyddet av kvinnans fysiska tillstånd under och efter graviditeten, och det andra är skyddet av förhållandet mellan modern och hennes barn under den tid som följer efter graviditeten och förlossningen. [10]

34. Den omtvistade spanska bestämmelsen innebär inte en skillnad i behandling som är tillåten enligt artikel 2.3 i direktivet, eftersom den vid närmare påseende inte handlar om skydd för kvinnan vid graviditet och moderskap i den mening som avses i direktivet.

35. En bestämmelse som ger *ammande* kvinnliga arbetstagare vissa fördelar skulle otvivelaktigt omfattas av skyddet för kvinnor vid moderskap. Endast kvinnor kan amma sina barn och amning har dessutom ett direkt samband med moderskapet. Den irländska regeringen har rätt i sitt påstående att det inte

8 — Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 44.

9 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 april 2010 i mål C-346/08, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2010, s. I-3941), punkt 39.

10 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkt 25, av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault (REG 1998, s. I-2011), punkt 25, av den 18 mars 2004 i mål C-342/01, Merino Gómez (REG 2004, s. I-2605), punkt 32, dom av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar (REG 2001, s. I-9383), punkt 43, och av den 20 september 2007 i mål C-116/06, Kiiski (REG 2007, s. I-7643), punkt 46. Vad avser förhållandet mellan förälder och barn, se punkt 42 nedan.

innebär en otillåten diskriminering av manliga arbetstagare att gynna kvinnliga arbetstagare som ammar.

36. Trots att den betecknas som amningstid skyddar emellertid den aktuella spanska arbetstidsförkortningen inte i första hand ammande mödrar. Såsom den hänskjutande domstolen har förklarat, var syftet med bestämmelsen, som har sin grund i lagstiftning från år 1900, ursprungligen att göra det möjligt för modern att amma sitt barn. Bestämmelsen har dock inte längre detta syfte. Nuförtiden utgör amning inte ett villkor för att kunna beviljas arbetstidsförkortning. Enligt spansk rättspraxis är denna bestämmelse nämligen även tillämplig när barnet får bröstmjölksersättning.

37. Den hänskjutande domstolen har träffande beskrivit syftet med arbetstidsförkortningen som att helt enkelt frigöra tid för omsorg om barnet. Att syftet med den omtvistade arbetsbefrielsen inte endast har lösgjorts från amningen, utan även från matning rent allmänt, framgår av den senaste ändringen i artikel 37 i lagen om arbetstagare. [11] Enligt denna bestämmelse kan arbetsbefrielsen på en timma varje dag nämligen sparas till en sammanhängande semester. De dagar som arbetstagaren arbetar har hon således ingen extra tid för amning eller matning av barnet.

38. Vidare kan enligt spansk rätt arbetstidsförkortningen även komma fadern till godo, förutsatt att modern har rätt till arbetstidsförkortning. Detta bekräftar att den spanska bestämmelsen är en åtgärd som ska underlätta omsorgen om barnet och att den inte syftar till att skydda kvinnans fysiska tillstånd. För det första kan fäder lika väl ge barnet bröstmjölksersättning och ta hand om barnet rent allmänt. För det andra är det svårt att se vad som kan anses som skydd för kvinnans fysiska tillstånd, när hon personligen inte ansöker om arbetstidsförkortning och arbetar lika mycket som tidigare, medan hennes make får del av arbetstidsförkortningen.

39. EU-domstolen har visserligen vid upprepade tillfällen betonat att direktivet ger medlemsstaterna ett utrymme för eget skön vad gäller att vidta socialpolitiska åtgärder för att skydda kvinnor vid graviditet och moderskap. [12] Detta betyder att medlemsstaterna har ett stort utrymme för eget skön vad avser frågan vilka åtgärder som de anser är nödvändiga för att åstadkomma detta skydd. Därmed kan åtgärderna även variera från en medlemsstat till en annan.

11 — Denna ändring är enligt den hänskjutande domstolen visserligen inte tillämplig i tiden, vad avser de aktuella faktiska omständigheterna, men den kan ändå ge upplysning om vad den omtvistade arbetstidsförkortningen är av för art.

12 — Domen i målet Hofmann (ovan fotnot 10), punkt 27.

40. Den spanska bestämmelsen innebär att om modern har rätt till arbetstidsförkortning, så kan denna överlåtas på fadern. Detta visar tydligt att bestämmelsen inte huvudsakligen är till för att skydda modern. Bestämmelsen har snarare sin förklaring i barnperspektivet, varvid barnets behov av omsorg kan uppfyllas antingen genom en arbetstidsförkortning för modern eller för fadern.

41. I det avseendet skiljer sig förevarande fall också från de faktiska omständigheterna i det ovannämnda målet Hofmann. I det fallet rörde det sig om en bestämmelse i en medlemsstats lagstiftning som gav *endast* mödrar rätt till en av staten uppmuntrad mammaledighet vid utgången av den lagstadgade skyddsperioden. Fadern kunde inte i något fall dra nytta av en sådan rättighet. I detta sammanhang fastställde domstolen att direktiv 76/207 inte medför en skyldighet för medlemsstaterna att även ge fäder rätt till sådan ledighet, eftersom en sådan mammaledighet är tänkt att skydda kvinnor vad avser följderna av graviditet och moderskap.

42. I detta sammanhang betonade domstolen att en mammaledighet fungerar som ett skydd för det särskilda bandet mellan modern och hennes barn under tiden efter förlossningen, så att denna relation inte skadas på grund av de dubbla bördor som det skulle innebära om modern samtidigt förvärvsarbetade. [13] Denna skyddsaspekt anses delvis som föråldrad, eftersom även barnets fader kan stå för den omvårdnad som behövs. [14] Moderns dubbla bördor kan i vilket fall som helst lindras genom att fadern ägnar sig åt omvårdnad av barnet. I förevarande fall måste frågan vad denna skyddsaspekt har för betydelse i unionsrätten inte utredas slutgiltigt, eftersom det redan i spansk rätt – genom att arbetsbefrielse i många fall även kan beviljas fäder – har förklarats att den inte avser skyddet för den särskilda relationen mellan moder och barn.

43. Avslutningsvis kommer jag att pröva den spanska regeringens invändning att endast kvinnor bör ha individuell rätt till arbetstidsförkortning, eftersom de är de enda som kan bestämma över hur barnet ska matas. Även denna invändning är grundlös, redan av det skälet att förevarande arbetstidsförkortning bara till namnet och endast av historiska skäl handlar om ”amning”. Enligt spansk rättspraxis har dock sambandet med barnets näring helt spelat ut sin roll. Visserligen uppkommer den allmänna frågan om vem som ska beviljas arbetstidsförkortning, när föräldrarna inte kan kommas överens. För att lösa denna konflikt är det emellertid inte på något

13 — Se de domar som det hänvisas till i fotnot 10 ovan.

14 — Se exempelvis Langenfeld i Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, senast uppdaterad i januari 2008, artikel 141, punkt 101.

sätt nödvändigt att redan från början förvägra fadern en individuell rätt till arbetstidsförkortning. I den nationella lagstiftningen bör i stället intresseavvägningen regleras med utgångspunkt från likabehandlingsprincipen.

46. Det står redan klart att det inte går att se hur en begränsad arbetstidsförkortning, av det slag som den spanska lagstiftningen föreskriver, skulle kunna vara ägnad att avlägsna eller bara begränsa faktiska ojämlikheter som drabbar kvinnor. Det mesta talar snarare för motsatsen; en lagstiftning som den spanska riskerar att bidra till att arbetande kvinnors ställning försämras.

3. Åtgärder som främjar lika möjligheter

44. Avslutningsvis ska det prövas huruvida en bestämmelse av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är tillåten enligt artikel 2.4 i direktiv 76/207. Enligt denna bestämmelse ska direktivet inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter.

45. Det följer i detta avseende av fast rättspraxis att sistnämnda bestämmelse har det exakta och avgränsade syftet att tillåta åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men som syftar till att avlägsna eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället. [15]

47. Om endast kvinnliga arbetstagare har en individuell rätt till arbetstidsförkortningen i fråga, medan manliga arbetstagare däremot endast har en härledd rätt till arbetstidsförkortning genom att träda i moderns ställe, cementeras rådande könsroller [16], och det blir rentav svårare för anställda fäder att överta omsorgen om sina barn. Det är endast om båda föräldrarna är anställda som de fritt kan besluta vem som ska utnyttja arbetstidsförkortningen till omsorg om barnet. Om endast fadern är anställd, medan modern däremot är egenföretagare, har fadern ingen rätt till arbetstidsförkortning: Den ytterligare tid för omsorg som den spanska lagen om arbetstagare vill möjliggöra, måste då komma från modern, som i detta syfte antingen måste inskränka sin verksamhet som egenföretagare,

15 — Dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, Kalanke (REG 1995, s. I-3051), punkt 18, av den 11 november 1997 i mål C-409/95, Marschall (REG 1997, s. I-6363), punkt 26, och av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkt 32.

16 — Domstolen har redan tagit upp denna risk i sin dom av den 19 mars 2002 i målet Lommers (ovan fotnot 15), punkt 41.

och därmed finna sig i att få en sämre ställning i ekonomiskt hänseende, eller bära en större börda i motsvarande utsträckning. Den anställde fadern kan däremot inte bidra med någon avlastning.

48. Den hänskjutande domstolen har framfört argument i denna linje och kallat den spanska lagstiftningens konsekvenser för en ”bumerangeffekt”. Från arbetsgivarnas perspektiv leder den spanska lagstiftningen, som den nu är utformad, till att arbetsgivarna föredrar manliga arbetssökande framför kvinnliga arbetssökande. Det är nämligen så att om en arbetsgivare vid anställning av en kvinna måste räkna med att hon senare är frånvarande på grund av graviditet och moderskap och utnyttjar de rättigheter som är förbundna därmed, så tillkommer nu även risken att hon utnyttjar den här omtvistade arbetstidsförkortningen. Vid anställning av en manlig arbetssökande utsätts arbetsgivaren däremot, inte bara de facto, för en mindre risk att arbetssökanden över huvud taget utnyttjar arbetstidsförkortningen. I fall då barnets moder är egenföretagare har den manlige arbetstagaren snarare ingen rätt att dra nytta av den nu omtvistade arbetstidsförkortningen.

49. Inte heller artikel 2.4 kan därför rättfärdiga den förevarande skillnaden i behandling.

B — *Direktiv 96/34*

50. Kommissionen har i sitt yttrande kommit till slutsatsen att en bestämmelse av det slag som det här är fråga om även strider mot ramavtalet om föräldraledighet. Arbetsbefrielsen för omsorg om ett barn utgör föräldraledighet, i den mening som avses i detta direktiv. Enligt punkt 2 i ramavtalet har förvärvsarbetande kvinnor och män en individuell rätt till föräldraledighet. Denna bestämmelse utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken endast kvinnor, i det omtvistade sammanhanget, har individuell rätt till arbetstidsförkortning.

51. Den hänskjutande domstolen har i sin tolkningsfråga inte hänvisat till direktiv 96/34. I skälen till begäran om förhandsavgörande anges dock att spansk rätt inte föreskriver någon enhetlig föräldraledighet, utan i stället uppfylls bestämmelserna i direktivet genom olika institut, av vilka ett är den i målet aktuella arbetsbefrielsen. Begäran om förhandsavgörande innehåller emellertid inga ytterligare uppgifter på detta område. Särskilt saknas närmare upplysningar om de andra spanska bestämmelserna om föräldraledighet. Det är

därför omöjligt att avgöra huruvida direktiv 96/34 har åsidosatts. Eftersom det redan står klart att direktiv 76/207 har åsidosatts, saknas emellertid anledning att pröva huruvida även direktiv 96/34 har åsidosatts.

C — *Förslag till avgörande i denna del*

52. En nationell lagstiftning av det slag som det här är fråga om är inte förenlig med direktiv 76/207.

D — *Konsekvenser för målet i den nationella domstolen*

53. Vilka följder detta fastställande får för målet vid den nationella domstolen, vad avser de privata arbetsvillkoren, ankommer det på den nationella domstolen att bedöma.

54. I detta avseende vill jag emellertid erinra om att ett direktiv enligt fast rättspraxis inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild och inte som sådant kan åberopas gentemot denne. [17]

55. Vidare har domstolen i två nyligen avkunnade domar fastställt att det ankommer på de nationella domstolarna att även i tvister mellan enskilda underlåta att tillämpa varje bestämmelse i nationell rätt som strider mot förbudet mot åldersdiskriminering. [18] Det återstår att se huruvida domstolen anser att andra allmänna rättsprinciper, såsom förbudet mot könsdiskriminering, även de har sådan horisontell direkt effekt. Inför en sådan vidareutveckling av rättspraxis vore det nödvändigt att utreda de dogmatiska grunderna för denna omstridda horisontella direkta effekt och dess gränser. [19]

17 — Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkt 20, av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkterna 108 och 109, av den 7 juni 2007 i mål C-80/06, Carp (REG 2007, s. I-4473), punkt 20, och av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Kücükdeveci (REG 2010, s. I-365), punkt 46.

18 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkt 77, och av den 19 januari 2010 i målet Kücükdeveci (ovan fotnot 17), punkt 51. Se även mitt förslag till avgörande från i dag i mål C-499/08, Andersen (ännu ej publicerat i Rättsfallssamlingen), punkt 22 och 23.

19 — Jämför även med generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 30 juni 2005 i målet Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkterna 83, 84 och 100, generaladvokatens Mazáks förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i mål C-411/05, Palacios de la Villa (REG 2007, s. I-8531), punkterna 133–138, och generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande av den 22 maj 2008 i mål C-427/06, Bartsch (REG 2008, s. I-7245), punkterna 79–93, och i dessa angiven rättspraxis.

56. Eftersom den hänskjutande domstolen emellertid inte har ställt någon fråga på detta område, vore det för långtgående att i detta förslag till avgörande ta ställning till denna frågeställning.

57. Dessutom måste i vilket fall som helst en direktivkonform tolkning av nationell rätt ges företräde. De nationella domstolarna är skyldiga att göra allt som ligger inom deras behörighet, med hänsyn till den nationella rätten i sin helhet och med tillämpning av dess tolkningsmetoder, för att säkerställa att det aktuella direktivet ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte. [20] Det faktum att en direktivkonform tolkning av nationell rätt kan vara till nackdel för enskilda talar inte emot en sådan tolkning. [21] Skyldigheten att tolka nationell rätt direktivkonformt gäller nämligen som bekant även i horisontella rättsförhållanden, där den automatiskt är indirekt till nackdel för en enskild. [22]

58. I förevarande fall talar mycket för att den hänskjutande domstolen kan nå ett direktivkonformt resultat genom tolkning. Slutligen har den omtvistade lagstiftningen redan tidigare tolkats mer extensivt, och med hänsyn till samhällsutvecklingen har den lösgjorts från amningen, så att även fäder i vissa fall har tillerkänts den aktuella rättigheten. Den hänskjutande domstolen har inte heller hävdat att den skulle ha svårigheter att uppnå det resultat som jag förespråkar i mitt förslag genom att tolka spansk rätt.

20 — Domen i de förenade målen Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 17), punkt 115 och följande punkter, samt dom av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkt 111, av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact (REG 2008, s. I-2483), punkt 101, och av den 23 april 2009 i mål C-378/07, Angelidaki m.fl. (REG 2009, s. I-3071), punkt 200.

21 — Se mitt förslag till avgörande av den 8 februari 2007 i mål C-321/05, Kofoed (REG 2007, s. I-5795), punkt 65 och där angiven rättspraxis.

22 — Se endast dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkterna 6 och 8, och domen i det ovannämnda målet Faccini Dori (ovan fotnot 17), punkterna 20, 25 och 26.

V — Förslag till avgörande

59. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan föreslår jag att tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt:

En nationell bestämmelse – enligt vilken endast mödrar som är anställda har en självständig rätt till betald arbetsbefrielse för omsorg om ett barn som består i en minskning av arbetsdagen med en halv timme, eller i en timmes arbetsbefrielse, vilken kan delas upp i två tillfällen, medan fäder som är anställda inte tillerkänns en sådan rätt – strider mot likabehandlingsprincipen, i den mening som avses i 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.