Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 11. april 2013 [1]

Sag C-5/12

Marc Betriu Montull
mod
Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida (Spanien))

»Socialpolitik — ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere — direktiv 76/207/EØF — artikel 2 og 5 i direktiv 92/85/EØF — artikel 8 — ret til barselsorlov for mødre, der er lønmodtagere — orlovsmulighed, når begge forældre er lønmodtagere — mor, der ikke er lønmodtager — manglende ret til orlov for en far, der er lønmodtager — direktiv 96/34/EØF — rammeaftale vedrørende forældreorlov — moderens og faderens rettigheder — biologiske fædre og adoptivfædre«

I – Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 3. januar 2012, vedrører fortolkningen af 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] og Rådets direktiv 96/34/EF af 31. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS [3].

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 39, s. 40. Direktiv 76/207 er blevet ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 (EFT L 269, s. 15). Eftersom artikel 2 i direktiv 2002/73 bestemmer, at det skal være gennemført af medlemsstaterne senest den 5. oktober 2005, finder dette direktiv ikke anvendelse på omstændigheder i hovedsagen vedrørende 2004. Direktiv 76/207 blev ophævet med virkning fra den 15.8.2009 ophævet ved artikel 34 i 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). Trods disse ændringer mener jeg, at dette forslag til afgørelse er relevant for fortolkningen af direktiv 2006/54. Navnlig foreskriver artikel 28 i direktiv 2006/54, at dette direktiv gælder med forbehold af bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og barsel, og at det gælder med forbehold af bestemmelserne i direktiv 96/34 og direktiv 92/85. I henhold til artikel 3 i direktiv 2006/54 med overskriften »[po]sitive foranstaltninger« kan »[m]edlemsstaterne […] opretholde eller vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med [artikel 157, stk. 4, TEUF], for i praksis at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet«. Jeg mener derfor, at direktiv 2006/54 ikke har ændret substansen i bestemmelserne i direktiv 76/207, der finder anvendelse på omstændighederne i hovedsagen.

3 — EFT L 145, s. 4. Direktiv 96/34 blev ophævet med virkning fra den 8.3.2012 ved artikel 4 i Rådets direktiv 2010/18/EU af 8.3.2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF (EUT L 68, s. 13). Trods de ændringer, der ved direktiv 2010/18 er foretaget i den ordning, der finder anvendelse på forældreorlov, mener jeg, at sidstnævnte ikke har ændret substansen i bestemmelserne i direktiv 96/34, der er blevet påberåbt i indlæggene i denne sag for Domstolen.

2. Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida (Spanien) har stillet en række spørgsmål i forbindelse med en tvist mellem Marc Betriu Montull og Instituto Nacional de la Seguridad Social (det nationale institut for social sikring, herefter »INSS«) vedrørende anvendelsen af artikel 48, stk. 4, i Estatuto de los Trabajadores [4], sammenholdt med artikel 133a i Ley General de la Seguridad Social [5]. Der er i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder [6] fastsat en barselsorlov på 16 uger, hvoraf de første 6 uger efter fødslen er forbeholdt barnets mor. Moderen kan vælge at overdrage hele eller en del af den resterende barselsorlov til faderen. Ifølge artikel 133a i LGSS ydes der barselsdagpenge i situationer, hvor der tildeles orlovsperioder som følge af barsel i overensstemmelse med artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder.

3. Marc Betriu Montull er lønmodtager og omfattet af den almindelige sociale sikringsordning i Spanien. Macarena Ollé, der er Procuradora de los Tribunales, er forsikret i Mutualidad General de los Procuradores, der ikke hører under det spanske socialsikringssystem [7].

4. Marc Betriu Montull ansøgte efter sønnens fødsel den 20. april 2004 i Lleida – formentlig efter aftale med barnets mor som krævet i den spanske lovgivning – om barselsdagpenge for perioden efter den obligatoriske orlovsperiode på seks uger, som moderen skal afholde umiddelbart efter fødslen. Denne ansøgning blev afslået af INSS ved afgørelser af 28. juli og 8. august 2004. INSS lagde til grund, at moderen ikke var omfattet af nogen offentlig ordning i det sociale sikringssystem og derfor ikke var indehaver af nogen oprindelig ret til barselsorlov som beskyttet i det sociale sikringssystem, og at en sådan ret i forbindelse med biologisk moderskab ikke kan tilkomme faderen personligt, selvstændigt og uafhængigt, men kun som en ret, der afledes af moderens ret.

5. Den 13. september 2004 anlagde Marc Betriu Montull sag ved den forelæggende ret til prøvelse af INSS' afgørelse med påstand om, at han blev erklæret berettiget til ydelsen, idet han bl.a. gjorde gældende, at hans ret til ligebehandling var blevet tilsidesat.

6. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om de omtvistede nationale bestemmelser, hvorefter faderens ret til dagpenge er afledt af moderens, er i modstrid med princippet om ligestilling mellem mænd og kvinder.

4 — Den konsoliderede version af Estatuto de los Trabajadores (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) af 5.11.1999 (BOE nr. 266 af 6.11.1999, s. 38934, herefter »lov om arbejdstageres rettigheder«), vedtaget ved Real Decreto Legislativo nr. 1/1995 af 24.3.1995 (BOE nr. 75 af 29.3.1995, s. 9654), som ændret ved Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (lov nr. 39/1999 af 5.11.1999 med henblik på fremme af foreningen af familieliv og arbejdsliv hos personer i arbejde) (BOE nr. 266 af 6.11.1999, s. 38934), finder anvendelse på tvisten i hovedsagen.

5 — Lov om den sociale sikringsordning, vedtaget ved Real Decreto Legislativo 1/1994 af 20.6.1994 (BOE nr. 154 af 29.6.1994, s. 20658), som ændret ved Ley 39/1999 (herefter »LGSS«).

6 — I den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

7 — Det fremgår af sagsakterne for Domstolen, at det spanske socialsikringssystem består af en generel ordning og en række særordninger. En Procuradora de los Tribunales i Spanien kan vælge mellem at være omfattet af den særlige ordning for selvstændige erhvervsdrivende, der hører under det spanske socialsikringssystem, eller at være forsikret i Mutualidad General de los Procuradores, som er et privat selskab, der udbyder arbejdsmarkedsforsikringer for Procuradores de los Tribunales. Forsikringen i Mutualidad General de los Procuradores kan også udgøre et supplement til det spanske socialsikringssystem.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

1. Direktiv 76/207

7. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 76/207 lyder således:

»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«.«

8. Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»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.

4. Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder.«

9. Direktivets artikel 5 bestemmer:

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

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

a) at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves

b) at de bestemmelser i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter, i virksomheders interne reglementer eller i vedtægter for selvstændige erhverv, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres

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

2. Direktiv 92/85/EØF

10. Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) [8], har ifølge artikel 1, stk. 1, til formål »at iværksætte foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer«.

11. Artikel 8 i direktiv 92/85, der har overskriften »Barselsorlov«, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre arbejdstagere som defineret i artikel 2 barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

2. Den i stk. 1 nævnte barselsorlov skal omfatte en obligatorisk barselsorlov på mindst to uger fordelt før og/eller efter fødslen i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.«

3. Direktiv 96/34

12. Formålet med direktiv 96/34 er ifølge artikel 1 at iværksætte rammeaftalen vedrørende forældreorlov, der blev indgået den 14. december 1995 mellem de generelle tværfaglige organisationer (UNICE, CEEP og EFS), og som findes i bilaget til dette direktiv.

13. I henhold til § 1, stk. 2, i rammeaftalen i bilaget til direktiv 96/34 »finder [denne aftale] anvendelse på alle arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, der har en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold, som er defineret ved lov, kollektiv overenskomst eller gældende praksis i den enkelte medlemsstat«.

14. § 2 i rammeaftalen i bilaget til direktiv 96/34, der har overskriften »Forældreorlov«, foreskriver:

»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.

2. For at fremme lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder finder de underskrivende parter af denne aftale, at retten til forældreorlov som defineret i stk. 1 i princippet ikke bør kunne overdrages.

3. Adgangsbetingelserne for og gennemførelsesbestemmelserne vedrørende forældreorlov fastlægges ved lov og/eller kollektive overenskomster i medlemsstaterne under overholdelse af minimumsforskrifterne i denne aftale. […]«

B – *Spansk ret*

15. Lov om arbejdstageres rettigheder finder ifølge artikel 1, stk. 1, 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 eller bedriftsleder«.

8 — EFT L 348, s. 1.

16. Artikel 1, stk. 3, i lov om arbejdstageres rettigheder bestemmer:

»Følgende undtages fra nærværende lovs anvendelsesområde:

[…]

g) generelt enhver beskæftigelse udøvet inden for et forhold, der afviger fra den i stk. 1 definerede […].«

17. Artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder bestemmer i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, dvs. i 2004[9]:

»I tilfælde af fødsel er orlovens varighed 16 uger, der afholdes sammenhængende […]. Orloven afholdes, som moderen ønsker, for så vidt som 6 uger afholdes umiddelbart efter fødslen […]

Uanset dette og med forbehold for moderens 6-ugers obligatoriske orlov umiddelbart efter fødslen kan moderen i tilfælde, hvor begge forældre er i arbejde, ved begyndelsen af barselsorloven vælge at lade faderen afholde en forud fastsat og sammenhængende del af den barselsorlov, der ligger efter fødslen, enten samtidigt med eller efter moderen, dog bortset fra tilfælde, hvor der på tidspunktet for moderens genoptagelse af arbejdet foreligger en risiko for hendes sundhed.

[…]

I tilfælde af adoption og pleje, herunder såvel et præadoptionsplejeforhold som et permanent plejeforhold, af et barn på op til 6 år har orloven en varighed af 16 sammenhængende uger, der kan forlænges med 2 uger for hvert barn, der adopteres eller tages i pleje ud over ét barn, og som fastsættes efter arbejdstagerens valg enten ifølge en retslig adoptionsafgørelse eller ifølge en administrativ eller retslig afgørelse om pleje. Varigheden af orloven er ligeledes 16 uger i tilfælde af adoption eller pleje af børn over 6 år, når der ifølge dokumentation fra de kompetente sociale myndigheder er tale om handicappede børn eller børn, der har særligt vanskeligt ved social og familiemæssig integration på grund af deres særlige omstændigheder og personlige erfaringer, eller fordi de kommer fra udlandet. I tilfælde hvor begge forældre arbejder, fordeles orlovsperioden efter de pågældendes ønske enten til samtidig afholdelse eller i forlængelse af hinanden, dog altid i sammenhængende perioder og inden for de nævnte tidsmæssige rammer.

I tilfælde af samtidig afholdelse af orlovsperioden kan summen af disse ikke overstige de i ovenstående afsnit fastsatte 16 uger eller det antal uger, der svarer til flere fødsler, adoptioner eller plejeforhold.

[…]«

9 — Jf. punkt 3-5 ovenfor.

18. Artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder er senere blevet ændret ved Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (forfatningslov nr. 3/2007 om faktisk ligebehandling af kvinder og mænd) af 22. marts 2007 (BOE nr. 71 af 23.3.2007, s. 12611). For så vidt angår den foreliggende sag blev der i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder indsat følgende afsnit:

»I tilfælde af at moderen i overensstemmelse med de bestemmelser, der regulerer dennes arbejde, ikke er berettiget til at tage orlov fra arbejdet med ret til dagpenge, kan den anden forælder tage orlov i den periode, der ville have tilkommet moderen, hvilket er i overensstemmelse med udøvelsen af den ret, der anerkendes i efterfølgende artikel [orlov til fædre]. […]« [10].

19. Artikel 133a i LGSS bestemmer:

»Med henblik på barselsdagpenge anses for beskyttede omstændigheder barsel, adoption og plejeforhold, herunder såvel præadoptionsplejeforhold som permanente plejeforhold, i hvilke situationer der tildeles orlovsperioder i overensstemmelse med det, der er fastsat i artikel 48, stk. 4, i den konsoliderede udgave af lov om arbejdstageres rettigheder, som vedtaget ved Real Decreto Legislativo 1/1995 af 24. marts 1995, og i artikel 30, stk. 3, i Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública (foranstaltninger til reform af den offentlige tjeneste) af 2. august 1984.«

III – Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

20. I tillæg til de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i punkt 3-5 ovenfor, skal det anføres, at den forelæggende ret den 20. april 2005 spurgte Tribunal Constitucional de España (den spanske forfatningsdomstol), om artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder er forenelig med den spanske forfatning. Ved dom af 19. maj 2011 udtalte Tribunal Constitucional, at den omhandlede bestemmelse ikke var i modstrid med forfatningens artikel 14 (princippet om forbud mod forskelsbehandling), artikel 39 (social, økonomisk og retlig beskyttelse af familien) og artikel 41 (det sociale sikringssystem).

21. Den forelæggende ret er dog usikker på, om denne bestemmelse er forenelig med EU-retten, nærmere bestemt det generelle princip om ligebehandling.

22. Den forelæggende ret har bemærket, at der ikke er uenighed om den obligatoriske barselsorlov på seks uger, som moderen skal afholde umiddelbart efter fødslen. Hvad derimod angår den efterfølgende periode på ti uger har den bemærket, at en far og en mor, der er begge er lønmodtagere, behandles forskelligt i henhold til den nationale lovgivning, idet den bestemmer, at faderens ret er afledt af moderens, selv om deres situation ligner hinanden.

23. Ifølge den forelæggende ret skal den orlov med ret til at vende tilbage i samme stilling, der er fastsat i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder, når der ses bort fra de seks uger efter fødslen, forstås som en forældreorlov og en foranstaltning til forening af arbejdsliv og familieliv, idet graviditetens og fødslens biologiske faktum, der alene vedrører kvinder, kun er afgørende for den orlovsperiode, der er forbeholdt moderen.

24. Retten finder som følge heraf, at den i hovedsagen omtvistede orlov i tilfælde, hvor både moderen og faderen er at anse som lønmodtagere, kan afholdes af dem begge i deres egenskab af barnets forældre.

10 — Det fremgår af sagsakterne for Domstolen og af ordlyden af artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder, som ændret ved Ley Orgánica 3/2007, at tvisten i hovedsagen ikke var opstået, hvis den ændrede udgave havde været gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, eftersom faderen kunne have taget orlov og modtaget dagpenge, uanset om moderen var omfattet af en social sikringsordning eller ej. INSS og den spanske regering bekræftede denne fortolkning under retsmødet.

25. Ifølge den forelæggende ret behandles biologiske fædre og adoptivfædre ligeledes forskelligt i den spanske lovgivning, idet artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder i tilfælde af adoption tillader faderen og moderen at fordele orlovsperioden efter eget ønske, såfremt de begge arbejder. I et sådant tilfælde anses retten til orlov ikke for at være afledt af moderens ret, der kan overdrages til faderen, men som en orlovsperiode, der kan fordeles efter fælles aftale mellem faderen og moderen. Således kan en far, der er lønmodtager og omfattet af en social sikringsordning, i tilfælde af adoption afholde hele orloven og modtage de dertil svarende dagpenge, selv om moderen ikke er lønmodtager og omfattet af en social sikringsordning, mens en far i samme situation i tilfælde af en fødsel end ikke kan afholde de ti sidste uger af orloven, idet den anses for at være en ret, der afledes af moderens.

26. Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida har under disse betingelser besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er [direktiv 76/207] og [direktiv 96/34] til hinder for en national lovgivning, nærmere bestemt artikel 48, stk. 4, i [lov om arbejdstageres rettigheder], der i tilfælde af fødsel anerkender retten til barselsorlov efter en periode på seks uger efter fødslen, forudsat der ikke foreligger en fare for moderens sundhed, som en selvstændig ret, der tilkommer den mor, der er arbejdstager, men som kan overdrages til en far, der er arbejdstager, og som alene kan udnytte den nævnte orlov, når moderen til det pågældende barn selv er arbejdstager og vælger at lade faderen udnytte en bestemt del af denne orlov?

2) Er princippet om ligebehandling, der forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, til hinder for en national lovgivning, nærmere bestemt artikel 48, stk. 4, i [lov om arbejdstageres rettigheder], der i tilfælde af fødsel anerkender retten til orlov med ret til at vende tilbage i samme stilling og barselsdagpenge, der udbetales af den sociale sikringsordning, som en ret, der hidrører fra moderen og ikke fra faderen endog efter perioden på seks uger efter fødslen og bortset fra tilfælde, hvor der er fare for moderens sundhed, således at den mandlige arbejdstagers orlov afhænger af, om moderen til barnet også er arbejdstager?

3) Er princippet om ligebehandling, der forbyder enhver forskelsbehandling, til hinder for en national lovgivning, nærmere bestemt artikel 48, stk. 4, i [lov om arbejdstageres rettigheder], når denne i forhold til en far, der adopterer et barn, og som er arbejdstager, anerkender en personlig adkomst til retten til orlov med ret til at vende tilbage i samme stilling og barselsdagpenge, der udbetales af den sociale sikringsordning, men derimod ikke tilkender denne far retten til en sådan personlig, selvstændig og af moderen uafhængig orlov, men alene en fra moderen afledt ret, når faderen, der er arbejdstager, har et biologisk barn?«

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen

27. INSS, den spanske og polske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. De afgav mundtlige indlæg under retsmødet den 21. februar 2013.

V – Bedømmelse

A – *Formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål*

28. Den spanske regering mener, at de præjudicielle spørgsmål bør afvises. Den mener ikke, at det præciseres i forelæggelsesafgørelsen, hvorfor de præjudicielle spørgsmål er relevante. Spørgsmålene er derfor rent hypotetiske. Den forelæggende ret har således anmodet Domstolen om en rådgivende udtalelse om fortolkningen af visse bestemmelser i EU-retten i forhold til artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder.

29. Under retsmødet gjorde INSS også gældende, at de præjudicielle spørgsmål ikke kunne antages til realitetsbehandling. Når der i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder er fastsat en orlov på 16 uger, der afholdes sammenhængende, må de præjudicielle spørgsmål, som forelægges 9 år efter fødslen, nødvendigvis være hypotetiske, eftersom de stilles på et tidspunkt, hvor det ikke længere er muligt at afholde denne orlov.

30. Ifølge fast retspraksis er den ved artikel 267 TEUF indførte procedure et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre den tvist, der verserer for dem. Inden for rammerne af dette samarbejde foreligger der en formodning for, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål. Den opgave, Domstolen er blevet overdraget ved den præjudicielle procedure, er at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne, men ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål [11].

31. I det foreliggende tilfælde fremgår det af den forelæggende rets afgørelse og af de præjudicielle spørgsmål, at den ønsker oplyst, om bestemmelserne i EU-retten, dvs. direktiv 76/207 og 96/34, er til hinder for en regel som den, der er fastsat i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder. Selv om Marc Betriu Montull i tvisten i hovedsagen ansøgte om »barselsdagpenge« som omhandlet i LGSS' artikel 133a, og LGSS ikke opstiller betingelser for ret til dagpenge, henvises der dog i artikel 133a til artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder, som indeholder disse betingelser.

32. Når den spanske lovgiver udtrykkeligt har fastslået, at der er en direkte forbindelse mellem disse to bestemmelser, har jeg vanskeligt ved at se, at den forelæggende rets spørgsmål skulle være af generel eller hypotetisk karakter, eller at Domstolens svar på disse spørgsmål ikke skulle være relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

33. Hvad angår de bemærkninger fra INSS, der er nævnt i punkt 29 ovenfor, mener jeg desuden, at Marc Betriu Montull under alle omstændigheder, selv om det antages, at han ikke kan bevilges den omtvistede orlov med tilbagevirkende kraft, ud over at ansøge om barselsdagpenge kan rejse erstatningskrav mod INSS, hvilket han i øvrigt gjorde gældende under retsmødet.

34. Jeg mener derfor, at de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

35. Det skal dog påpeges, at den forelæggende ret ikke har beskrevet de nationale retsforskrifter om forældreorlov i forelæggelsesafgørelsen, og at jeg derfor ikke vil undersøge spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 96/34 er til hinder for en foranstaltning som den, der er fastsat ved artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder [12].

11 — Dom af 15.9.2011, sag C-197/10, Unió de Pagesos de Catalunya, Sml. I, s. 8495, præmis 16-18 og den deri nævnte retspraksis.

12 — Jf. punkt 78 og 86 nedenfor.

B – *Det væsentlige indhold af de præjudicielle spørgsmål*

1. Argumenter

36. Med hensyn til det første spørgsmål mener INSS ikke, at det strider mod direktiv 92/85 ikke at gøre det muligt at overdrage retten til at modtage barselsdagpenge til faderen, når moderen ikke er berettiget hertil, fordi hun har tegnet en frivillig forsikring, der ikke yder denne beskyttelse, eftersom man ikke kan overdrage en ret, som man ikke har.

37. INSS har anført, at den forældreorlov, der er omhandlet i direktiv 96/34, adskiller sig fra den, der er genstand for tvisten i hovedsagen. Ifølge INSS er retten til forældreorlov blevet gennemført i spansk ret ved artikel 46, stk. 3, i lov om arbejdstageres rettigheder, der bestemmer, at »[a]rbejdstagere har ret til en forlængelse af orloven med op til tre år for at kunne passe barnet, uanset om der er tale om et biologisk barn, et adoptivbarn eller et barn, der er taget i pleje enten permanent eller med henblik på adoption eller taget i midlertidig pleje, regnet fra datoen for barnets fødsel eller i givet fald fra datoen for den retslige eller administrative afgørelse«. Formålet med denne forældreorlov er at gøre det lettere for forældre (såvel mænd som kvinder), der er arbejdstagere, at forene deres arbejds- og familiemæssige forpligtelser, hvorimod formålet med den orlov, der er omhandlet i hovedsagen, er at sikre moderens sundhed og den særlige tilknytning mellem moderen og den nyfødte efter fødslen.

38. Til det andet spørgsmål har INSS bemærket, at Marc Betriu Montull ikke fik bevilget den omtvistede orlov, fordi barnets mor, Macarena Ollé, havde valgt at lade sig forsikre i Mutualidad General de los Procuradores i stedet for at være omfattet af den almindelige sociale sikringsordning. INSS har anført, at retten til at tage orlov fra arbejdet i forbindelse med barsel og den deraf følgende ret til at modtage dagpenge under orloven og mulighed for at dele den betalte orlov med barnets far ikke afhænger af, om moderen er lønmodtager, men af, om hun har valgt at være tilsluttet det sociale sikringssystem, der er fastsat i den pågældende nationale lovgivning.

39. Hvad angår det tredje spørgsmål mener INSS, at det er fuldt berettiget at forskelsbehandle fædre, der er lønmodtagere, alt efter om de er adoptivfædre eller biologiske fædre, eftersom det i forbindelse med biologisk forældreskab er rimeligt, at denne ret udelukkende tilkommer moderen, der skal have mulighed for at komme til kræfter efter graviditeten og fødslen, hvorimod den orlov, der gives på grund af adoption eller plejeforhold, har til formål at integrere det nye barn bedst muligt i familien, hvilket kræver en indsats fra både faderen og moderen.

40. Den spanske regering har anført, at den spanske lovgiver har fastsat de nationale regler i overensstemmelse med ordlyden af artikel 8 i direktiv 92/85 og det råderum, medlemsstaterne gives heri. Når moderen kan vælge mellem både at give helt afkald på perioden efter de seks ugers barselsorlov, som hun skal afholde efter fødslen, og dele denne periode med faderen eller overdrage den til ham, er det efter den spanske regerings opfattelse i overensstemmelse med indholdet i og formålet med direktiv 92/85, fordi det gør det muligt for faderen at tage del i de familiemæssige forpligtelser.

41. Den spanske regering finder det foreneligt med bestemmelserne i direktiv 96/34 og direktiv 76/207, at der kan holdes orlov med ret til at vende tilbage i samme stilling i tilfælde af adoption. Den har anført, at fødslen af et barn ikke sidestilles med adoptionen af et barn i direktiv 96/34. Det fremgår således af direktivets § 2, stk. 3, litra c), at medlemsstaterne især kan tilpasse betingelserne for adgang til og gennemførelsesbestemmelserne vedrørende forældreorlov til de særlige omstændigheder i forbindelse med adoption. Den spanske regering mener derfor, at EU-lovgiver har overladt det til medlemsstaterne at foretage en skønsmæssig tilpasning af forældreorloven til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende ved adoption.

42. Den polske regering har anført, at når den nationale lovgiver giver fædre, der er lønmodtagere, ret til at afholde en del af barselsorloven, er det legitimt, at denne ret afledes af moderens, når denne er lønmodtager. Den har påpeget, at barselsorloven ifølge EU-retten tilkommer barnets mor og ikke dets far. Moderen kan ganske vist give afkald på en del af den barselsorlov, hun har ret til at afholde, og overdrage den til faderen, men faderen kan ikke tage barselsorlov i stedet for moderen for at tage sig af barnet. En sådan løsning vil ikke være forenelig med barselsorlovens formål, som er at beskytte moderen og fremme hendes forhold til barnet. Den polske regering mener slet ikke, at en kvinde, der ikke har status af arbejdstager og ikke har ret til orlov, kan overdrage denne orlov til barnets far. Den har anført, at det nødvendigvis må antages, at barnets far har en afledt ret til barselsorlov, for at sikre orlovens grundlæggende funktion og adskille den fra forældreorloven.

43. Ifølge den polske regering henhører retten til adoptionsorlov og betingelserne for udøvelsen af denne ret under den nationale lovgivers enekompetence og ikke under EU-retten og kan derfor ikke vurderes ud fra det generelle ligebehandlingsprincip.

44. Kommissionen har anført, at den spanske lovgivning falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 92/85, eftersom en (mandlig) arbejdstager under ingen omstændigheder kan tildeles barselsorlov i henhold til dette direktiv. Kommissionen mener, at der i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder indføres en forskellig behandling på grundlag af køn som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 mellem kvinder, der er lønmodtagere, og fædre med samme status. Denne forskellige behandling kan ikke begrundes i hensynet til beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab som omhandlet i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207.

45. Kommissionen mener, at den orlov på ti uger, der er tale om i hovedsagen, i denne henseende adskiller sig fra den obligatoriske orlovsperiode for moderen, dvs. de seks uger, der ligger umiddelbart efter fødslen. Den har påpeget, at de seks uger umiddelbart efter fødslen er en orlovsperiode, som er forbeholdt moderen, og som er knyttet til beskyttelsen af moderen og det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter fødslen.

46. Kommissionen mener derimod ikke, at en efterfølgende periode på ti uger, hvor faderen efter spansk lovgivning kan tage orlov, har forbindelse til moderskabet som biologisk realitet. Denne periode anses i spansk lovgivning for en periode, der er helliget pasningen af og omsorgen over for barnet, og som både henvender sig til moderen og faderen, når de begge er lønmodtagere.

47. Kommissionen mener, at den konklusion, Domstolen nåede frem til i sin dom af 30. september 2010 i Roca Álvarez-sagen [13], finder anvendelse i den foreliggende sag. Efter Kommissionens opfattelse skal artikel 2 og 5 i direktiv 76/207 også i dette tilfælde fortolkes således, at de er til hinder for en national foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter mødre, der er lønmodtagere, i tilfælde af fødsel har ret til orlov ud over de første seks uger, der er forbeholdt moderen, hvorimod fædre, der er lønmodtagere, kun har ret til denne orlov, når moderen ligeledes er lønmodtager.

48. Kommissionen mener ikke at have tilstrækkelige oplysninger til at kunne fastslå, at den orlovsperiode, der er fastsat i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder, når der ses bort fra de seks ugers orlov, der er forbeholdt moderen, udgør en forældreorlov som omhandlet i direktiv 96/34.

13 — Sag C-104/09, Sml. I, s. 8661.

2. Bedømmelse

a) Det første og det andet spørgsmål

49. Med de to første spørgsmål, der behandles under ét, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 76/207 og 96/34 samt princippet om ligebehandling, der forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der fører til en forskellig behandling på grundlag af køn, for så vidt som den i tilfælde af fødsel giver mødre, der er lønmodtagere, ret til orlov ud over de seks uger efter fødslen, der er forbeholdt moderen, forudsat at der ikke foreligger en fare for moderens sundhed, hvorimod fædre, der er lønmodtagere, kun kan udnytte denne orlov, hvis moderen også er lønmodtager og (i henhold til den pågældende lovgivning) vælger at lade faderen udnytte en bestemt del af denne orlov.

50. Det er ubestridt, at artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder bestemmer, at der i forbindelse med fødslen bevilges en sammenhængende orlov på 16 uger, hvoraf de første 6 uger efter fødslen skal afholdes af moderen. Det fremgår desuden klart af denne bestemmelses ordlyd og af sagsakterne for Domstolen, at moderen kan vælge at lade faderen afholde hele den resterende orlov på op til 10 uger eller en del heraf. Det skal herved understreges, at det valg, moderen har foretaget i hovedsagen, ikke er blevet anfægtet.

51. Den forelæggende ret har i øvrigt ikke stillet spørgsmål om de seks ugers orlov efter fødslen, der er forbeholdt moderen [14], og der forelå heller ingen risiko for moderens sundhed, således at moderen ikke kunne beslutte at overdrage den resterende orlov til faderen [15].

52. Jeg vil indledningsvis sammenholde artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder med artikel 8 i direktiv 92/85.

53. Det bestemmes i artikel 8 i direktiv 92/85, at kvindelige arbejdstagere har ret til barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger. Der er ikke fastsat nogen orlov for barnets far i denne bestemmelse. Til forskel fra denne artikel, hvis personelle anvendelsesområde kun omfatter arbejdstagere, der er gravide, lige har født eller ammer [16], falder mandlige arbejdstagere på visse betingelser ind under anvendelsesområdet for artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder.

54. Jeg mener dog, at det fremgår af selve ordlyden af artikel 8 i direktiv 92/85, at medlemsstaterne kan træffe foranstaltninger, der supplerer eller er mere vidtgående end minimumskravene i denne bestemmelse, forudsat naturligvis, at disse minimumskrav er opfyldt [17]. I denne forbindelse mener jeg, som den spanske regering også har bemærket (jf. punkt 40 ovenfor), at bestemmelsen i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder om, at moderen kan lade barnets far afholde hele barselsorloven eller en del af den, er mere vidtgående end minimumskravene i artikel 8 i direktiv 92/85, men overholder den bindende ordning, som medlemsstaterne pålægges heri.

14 — Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at »[d]enne periode anfægtes ikke«.

15 — Jf. artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder.

16 — Artikel 1, stk. 1 og 2, i direktiv 92/85.

17 — Jf. herved udtrykket »mindst«, der optræder to gange i denne bestemmelse. Denne fortolkning støttes efter min opfattelse af første betragtning til direktiv 92/85, hvori der henvises til dets retsgrundlag, dvs. EØF-traktatens artikel 118 A, som foreskrev, at Rådet ved udstedelse af direktiver skulle vedtage »minimumsforskrifter« med henblik på at forbedre navnlig arbejdsmiljøet for at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Jf. i denne retning også artikel 153 TEUF.

55. For det første strækker den barselsorlov, som kun moderen kan afholde, sig over seks uger regnet fra fødslen, selv om direktivet kun foreskriver to uger (fordelt før og/eller efter fødslen), og for det andet bortfalder moderens mulighed for at lade faderen udnytte resten af orloven i »tilfælde, hvor der på tidspunktet for moderens genoptagelse af arbejdet foreligger en risiko for hendes sundhed« [18], hvilket tilgodeser formålet med direktiv 92/85, som er at forbedre sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer [19].

56. Det skal for klarhedens skyld understreges, at selv om det bestemmes i artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/85, at det kun er de 2 første uger (før eller efter fødslen), der udgør den obligatoriske barselsorlov, kan barnets mor under ingen omstændigheder tvinges til at afgive retten til den barselsorlov på 14 uger, der er foreskrevet i artikel 8, stk. 1, i direktiv 92/85, til barnets far [20].

57. Jeg mener derfor, at det er foreneligt med artikel 8 i direktiv 92/85, at barnets far på visse betingelser og udelukkende på moderens initiativ, som det var tilfældet i hovedsagen, får mulighed for at udnytte en barselsorlov på ti uger.

58. Denne mulighed skal også undersøges i lyset af direktiv 76/207 [21]. Ifølge artikel 1, stk. 1, i direktiv 76/207 tilsigter det gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder navnlig med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår. Dette princip præciseres nærmere i direktivets artikel 2 og 5. Efter artikel 2, stk. 1, indebærer princippet om ligebehandling, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særligt til ægteskabelig eller familiemæssig stilling. Direktivets artikel 5, stk. 1, foreskriver, at anvendelsen af dette princip for så vidt angår arbejdsvilkår indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn [22].

59. Det fremgår klart af forelæggelsesafgørelsen, at en mor, der er lønmodtager og har haft orlov i seks uger efter fødslen, i princippet har ret til orlov i ti uger mere, hvorimod en far, der er lønmodtager, kun kan udnytte disse ti uger, hvis han har aftalt det med moderen (hvilket ikke er omtvistet i hovedsagen), og begge forældre er lønmodtagere.

60. Denne foranstaltning svarer faktisk til den, der var tale om i Roca Álvarez-dommen, der vedrørte fortolkningen af artikel 2, stk. 1, 3 og 4, og artikel 5 i direktiv 76/207 i forbindelse med en tvist mellem Pedro Roca Álvarez og dennes arbejdsgiver om sidstnævntes afslag på at tildele ham såkaldt ammeorlov.

61. Ifølge de spanske regler, der var omtvistet i nævnte sag, var retten til »ammeorlov« forbeholdt barnets mor, mens dets far kun kunne få ret til denne orlov på betingelse af, at begge forældre var lønmodtagere. Forældreskabet var således ikke tilstrækkeligt til at give mænd, der var lønmodtagere, ret til orlov, selv om dette var tilstrækkeligt for kvinder, som var lønmodtagere [23].

18 — Artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder.

19 — Dom af 11.10.2007, sag C-460/06, Paquay, Sml. I, s. 8511, præmis 27.

20 — I dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, udtalte Domstolen, »[…] at når medlemsstaterne i medfør af […] artikel 8 [i direktiv 92/85] skal træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at kvindelige arbejdstagere får ret til barselsorlov i mindst 14 uger, er der tale om en rettighed for arbejdstagerne, som de kan give afkald på, dog med undtagelse af de 2 ugers obligatorisk barselsorlov, der er foreskrevet i stk. 2 […]« (præmis 58).

21 — Artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder, hvori der er fastsat en orlovsperiode, vedrører arbejdsvilkårene som omhandlet i artikel 5 i direktiv 76/207.

22 — Jf. i denne retning Roca Álvarez-dommen, præmis 19 og 20.

23 — Ibidem, præmis 22 og 23.

62. Domstolen bemærkede med henvisning til sin retspraksis, hvorefter »[s]ituationen for en mandlig og en kvindelig arbejdstager, der er henholdsvis far og mor til små børn, er […] sammenlignelig for så vidt angår den omstændighed, at de kan finde det nødvendigt at nedsætte deres daglige arbejdstid med henblik på børnepasning« [24], at den omhandlede lovgivning medførte »en forskelsbehandling på grundlag af køn i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 mellem mødre som lønmodtagere og fædre, der ligeledes arbejder som lønmodtagere« [25].

63. Domstolen undersøgte dernæst, om en sådan forskellig behandling var begrundet i medfør af artikel 2, stk. 3 og 4, i direktiv 76/207, hvori det præciseres, at direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab, eller for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særligt ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvinders muligheder for så vidt angår arbejdsvilkår.

64. Domstolen fandt, at det forhold, at »ammeorloven« ifølge den nationale ordning gjaldt uden forskel for faderen som lønmodtager og for moderen som lønmodtager, indebar, at ernæring af og omsorgstid med barnet lige så vel kunne varetages af faderen som af moderen.

65. Denne ordning kunne som følge heraf ikke opfattes således, at den skulle sikre beskyttelse af kvindens fysiske tilstand som følge af graviditet eller beskyttelse af det særlige forhold mellem moderen og barnet i henhold til artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207. Den nationale ordning gjorde således tildelingen af »ammeorlov« uafhængig af amningens biologiske omstændighed, hvilket betød, at den ikke var omfattet af undtagelsen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207.

66. Domstolen fastslog også i denne dom, at antagelsen om, at alene moderen som lønmodtager havde ret til »ammeorlov«, mens faderen med samme status kun havde en afledt ret hertil, ville kunne opretholde en traditionel kønsrollefordeling mellem mænd og kvinder ved at tildele mænd en sekundær rolle i forhold til kvinder for så vidt angår forældreskabet. Domstolen bemærkede videre, at afslaget på at tildele fædre, der var lønmodtagere, den omhandlede orlov alene med den begrundelse, at barnets moder ikke var lønmodtager, kunne få den følge, at en kvinde, der var selvstændig erhvervsdrivende, måtte se sig nødsaget til at begrænse sin erhvervsmæssige beskæftigelse og bære omkostningerne som følge af barnets fødsel alene, uden at hun kunne få hjælp fra barnets fader. Domstolen fandt, at den omtvistede nationale lovgivning hverken afhjalp eller begrænsede de faktiske uligheder, som reelt kunne bestå for kvinder i samfundet, jf. artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, og heller ikke var »en foranstaltning, hvis formål er at udvirke en reel og ikke en formel lighed ved at begrænse de faktiske uligheder, der kan forekomme i samfundet, og således i overensstemmelse med artikel 157, stk. 2, TEUF at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere for de berørte personer« [26].

67. Det fremgår klart af Domstolens argumentation i Roca Álvarez-dommen, at den foranstaltning, der er tale om i hovedsagen, med hensyn til den omtvistede orlovsperiode fører til en forskellig behandling på grundlag af køn som omhandlet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 mellem mødre, der er lønmodtagere, og fædre, der har samme status.

68. Som Domstolen fastslog i præmis 24 i Roca Álvarez-dommen, er situationen for en mandlig og en kvindelig arbejdstager, der er henholdsvis far og mor til små børn, sammenlignelig for så vidt angår den omstændighed, at de kan finde det nødvendigt at nedsætte deres daglige arbejdstid med henblik på børnepasning.

24 — Jf. Roca Álvarez-dommen, præmis 24, samt dom af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 56, og af 19.3.2002, sag C-476/99, Lommers, Sml. I, s. 2891, præmis 30.

25 — Ibidem, præmis 25.

26 — Ibidem, præmis 36-38.

69. Det rejser spørgsmålet om, hvorvidt denne forskelsbehandling, der strider mod artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, kan være begrundet i medfør af dette direktivs artikel 2, stk. 3 og 4, der gør det muligt at fravige ligebehandlingsprincippet.

70. Hvad for det første angår beskyttelse i forbindelse med graviditet og moderskab har medlemsstaterne efter fast retspraksis ret til at opretholde eller indføre bestemmelser med det formål at sikre denne beskyttelse. Artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 anerkender herved, at det ifølge princippet om ligebehandling af kønnene er berettiget at beskytte kvinder i to henseender, nemlig for det første kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen og for det andet det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter fødslen [27].

71. I modsætning til de seks ugers orlov umiddelbart efter fødslen, som skal afholdes af moderen med det formål at beskytte hendes fysiske tilstand, kan den orlov på ti uger, der er omtvistet i hovedsagen, dog ikke henhøre under anvendelsesområdet for artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207. Den spanske lovgiver har med bestemmelsen om, at moderen ved barselsorlovens begyndelse kan vælge, at den anden forælder efter de første seks uger skal afholde en forud fastsat og sammenhængende del af den efterfølgende orlov på ti uger, gjort disse ti ugers orlov uafhængig af moderens fysiske tilstand og dermed også af formålet med artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207. Det følger heraf, at denne orlov ikke kan henhøre under anvendelsesområdet for denne bestemmelse [28].

72. Der bør i øvrigt sondres mellem omstændighederne i hovedsagen og dem, der lå til grund for Hofmann-dommen. Det fremgår således af nævnte dom, at den barselsorlov, der var tale om i den pågældende sag, var helt forbeholdt moderen med udelukkelse af enhver anden person og nøje knyttet til beskyttelsen af moderens fysiske tilstand [29].

73. Det følger heraf, at den omhandlede orlov på ti uger i lighed med den »ammeorlov«, der var tale om i Roca Álvarez-dommen, kun indrømmes arbejdstagere, fordi de er forældre til et barn, og ikke for at beskytte kvindens fysiske tilstand efter graviditeten eller det særlige forhold mellem hende og barnet [30].

74. Hvad for det andet angår den undtagelse, der er fastsat i artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, hvorefter det er muligt at fravige princippet om forbud mod forskelsbehandling i dette direktivs artikel 2, stk. 1, med henblik på at fremme lige muligheder for mænd og kvinder og reducere de faktiske uligheder, der påvirker kvindernes muligheder med hensyn til arbejdsvilkår, fremgår det af »fast retspraksis, at [denne bestemmelse] har det præcise og afgrænsede formål at tillade foranstaltninger, der tilsyneladende er diskriminerende, men som reelt fjerner eller reducerer de uligheder, der faktisk findes i samfundet. Denne bestemmelse tillader nationale foranstaltninger på området for adgang til beskæftigelse, der, idet de særligt begunstiger kvinder, har til formål at sætte dem i stand til bedre at kunne konkurrere på arbejdsmarkedet og forfølge en karriere på lige fod med mænd […]. Artikel 2, stk. 4, har klart til formål at udvirke en reel – og ikke en formel – lighed ved at begrænse de faktiske uligheder, der kan forekomme i samfundet, og dermed i overensstemmelse med artikel 157, stk. 4, TEUF at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere for de berørte personer […]« [31].

27 — Roca Álvarez-dommen, præmis 27, samt dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25, af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, præmis 20, af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185, præmis 17, og af 1.2.2005, sag C-203/03, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 935, præmis 43.

28 — Dom af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 54-56.

29 — Hofmann-dommen, præmis 25 og 26.

30 — Jf. analogt Roca Álvarez-dommen, præmis 31.

31 — Ibidem, præmis 33 og 34.

75. Den spanske regering har anført, at den omtvistede lovgivning, der tillader, at moderen frivilligt overdrager sin orlov til faderen, frem for at den går tabt, hvis hun ikke afholder den, har til formål at rette op på den traditionelle kønsrollefordeling mellem mænd og kvinder, der fastholder mænd i en sekundær rolle for så vidt angår forældreskabet.

76. Selv om jeg finder det prisværdigt og går ind for, at der rettes op på forhold, som kan medvirke til at opretholde en traditionel kønsrollefordeling mellem mænd og kvinder, bør det også påpeges, at Domstolen i præmis 36 i Roca Álvarez-dommen fastslog, at den omstændighed, at alene moderen som lønmodtager havde ret til den i hovedsagen omhandlede orlov, mens faderen med samme status kun havde en afledt ret hertil, vel nærmest ville opretholde en traditionel kønsrollefordeling mellem mænd og kvinder ved at tildele mænd en sekundær rolle i forhold til kvinder for så vidt angår forældreskabet. Domstolen bemærkede videre, at afslaget på at tildele en far, der var lønmodtager, denne orlov alene med den begrundelse, at barnets moder ikke var lønmodtager, netop kunne få den følge, at en kvinde måtte se sig nødsaget til at begrænse sin erhvervsmæssige beskæftigelse og bære omkostningerne som følge af barnets fødsel alene, uden at hun kunne få hjælp fra barnets fader [32]. Denne argumentation gælder tilsvarende for en foranstaltning som den, der er omhandlet i hovedsagen. Det følger heraf, at den forskelsbehandling, der indføres ved en foranstaltning som den omhandlede, ikke kan begrundes i henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207.

77. Den forelæggende ret har i sit første præjudicielle spørgsmål også henvist til direktiv 96/34, der iværksætter rammeaftalen vedrørende forældreorlov.

78. Den forelæggende ret har ikke forklaret i forelæggelsesafgørelsen, hvilke nationale retsforskrifter der gælder for forældreorlov. Den forelæggende ret har nærmere bestemt ikke oplyst, hvorfor artikel 46, stk. 3, i lov om arbejdstageres rettigheder skulle være relevant i denne forbindelse, og hvilken sammenhæng der er mellem denne bestemmelse og artikel 48, stk. 4, i samme lov. Når indholdet af den spanske forældreorlovsordning ikke er beskrevet i sagsakterne, mener jeg ikke, at der er grund til at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 96/34 er til hinder for en foranstaltning som den, der er fastsat i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder.

79. Eftersom jeg mener, at artikel 2, stk. 1, 3 og 4, og artikel 5 i direktiv 76/207 er til hinder for en national foranstaltning som den, der er fastsat i artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder, er det under alle omstændigheder ikke nødvendigt at undersøge den sidstnævnte bestemmelse i lyset af direktiv 96/34.

80. Jeg vil på dette grundlag foreslå Domstolen at besvare det første og det andet præjudicielle spørgsmål med, at artikel 2, stk. 1, 3 og 4, og artikel 5 i direktiv 76/207 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede, der fører til forskellig behandling på grundlag af køn, for så vidt som den giver mødre, der er lønmodtagere, ret til orlov ud over de seks uger, der er forbeholdt moderen efter fødslen, hvorimod fædre, der er lønmodtagere, kun kan udnytte denne orlov, hvis moderen også er lønmodtager og vælger at overdrage faderen en bestemt del af denne orlov.

32 — Ibidem, præmis 37.

3. Det tredje spørgsmål

81. Det kan i betragtning af den foreslåede besvarelse af de to første præjudicielle spørgsmål virke unødvendigt, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmål om, hvorvidt det er foreneligt med princippet om ligebehandling, at en national bestemmelse som artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder i forhold til en far, der adopterer et barn, og som er arbejdstager, anerkender en personlig adkomst til retten til orlov og barselsdagpenge, der udbetales af den sociale sikringsordning, men alene tilkender denne far, der er arbejdstager, en fra moderen afledt ret, når de har et biologisk barn.

82. Jeg vil dog bemærke, at det ganske vist fremgår af sagsakterne for Domstolen, at artikel 48, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder medfører en klar og tydelig forskelsbehandling mellem adoptivfædre og biologiske fædre, idet sidstnævnte stilles ringere, men at EU-retten ikke indeholder bestemmelser, som direkte beskytter en biologisk far, der udsættes for en sådan forskelsbehandling. En sådan forskelsbehandling er ikke nævnt i EUF-traktaten eller i et direktiv, herunder Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [33], der på dette område har til formål at bekæmpe forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering [34].

83. Som jeg har nævnt i punkt 53 ovenfor, henhører (mandlige) arbejdstagere desuden ikke under det personelle anvendelsesområde for direktiv 92/85, som kun omfatter arbejdstagere, der er gravide, lige har født eller ammer. Det vil kræve et indgreb fra EU-lovgivers side at udvide anvendelsesområdet til at omfatte (mandlige) arbejdstagere og fjerne den uløselige sammenhæng mellem den barselsorlov, der foreskrives i dette direktiv, og den fysiske tilstand, som en kvindelig arbejdstager befinder sig i, når hun er gravid, lige har født eller ammer.

84. Den omhandlede forskelsbehandling henhører heller ikke under anvendelsesområdet for direktiv 76/207, der kun omfatter forskelsbehandling mellem mænd og kvinder. Der er i det foreliggende tilfælde tale om forskelsbehandling mellem mandlige arbejdstagere.

85. Det kan til nød overvejes, om en forskelsbehandling som denne er i overensstemmelse med § 2, stk. 1, i rammeaftalen i bilaget til direktiv 96/34, hvori der ikke sondres mellem et barns fødsel eller adoption i forbindelse med bevilling af individuel ret til forældreorlov, og med § 2, stk. 3, hvorefter medlemsstaterne kan fastlægge adgangsbetingelserne for og gennemførelsesbestemmelserne vedrørende forældreorlov under overholdelse af minimumsforskrifterne i dette direktiv. Jeg er tilbøjelig til at tro, at en så klar forskelsbehandling mellem adoptivfædre og biologiske fædre er uforenelig med kravet i § 2, stk. 3, i rammeaftalen i bilaget til direktiv 96/34 om overholdelse af minimumsforskrifterne, eftersom der ikke sondres mellem fødsel og adoption i denne rammeaftales § 2, stk. 1.

86. Henset til det svar, jeg har givet i punkt 78 ovenfor, og den manglende beskrivelse af den spanske forældreorlovsordning i sagsakterne mener jeg dog ikke, at det reelt er muligt at tage stilling til det tredje spørgsmål.

33 — EFT L 303, s. 16.

34 — Jf. artikel 1.

VI – Forslag til afgørelse

87. Jeg foreslår på grundlag af det anførte, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Juzgado Social nº 1 de Lleida, således:

»Artikel 2, stk. 1, 3 og 4, og artikel 5 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 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede, der fører til forskellig behandling på grundlag af køn, for så vidt som den giver mødre, der er lønmodtagere, ret til orlov ud over de seks uger, der er forbeholdt moderen efter fødslen, hvorimod fædre, der er lønmodtagere, kun kan udnytte denne orlov, hvis moderen også er lønmodtager og vælger at overdrage faderen en bestemt del af denne orlov.«