FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 21. november 2002 [1]

1. Arbeitsgericht Lübeck (Tyskland) har i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207/EØF [2] for at få oplyst, om en arbejdstager, der er på forældreorlov, er forpligtet til at underrette sin arbejdsgiver om, at hun er gravid, når hun anmoder om at afkorte forældreorloven, når henses til, at hun på grund af sin graviditet ikke er i stand til at udføre visse for sin stilling typiske arbejdsopgaver.

I — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

2. Wiebke Busch, som er sagsøgeren i hovedsagen, har siden april 1998 været beskæftiget som sygeplejerske på et hospital, der drives af sagsøgte, Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG (herefter »klinikken«).

Efter fødslen af sit første barn i juni 2000 fik Wiebke Busch tre års forældreorlov. I oktober 2000 blev hun atter gravid, og ved skrivelse af 30. januar 2001 anmodede hun om at genoptage sit arbejde i fuldt omfang. Efter telefonsamtaler mellem personalechefen og arbejdstageren, besluttede arbejdsgiveren at anvise hende arbejde på en afdeling med 39 senge, hvor de enkelte vagthold, der arbejdede på skift, bestod af tre sygeplejersker, og hvor der var en ledig stilling, som var presserende at få besat.

3. Den 22. marts 2001 accepterede sagsøgte, at Wiebke Busch fik forældreorloven afkortet, men spurgte ikke, om hun var gravid. Wiebke Busch genoptog sit arbejde den 9. april 2001 og meddelte dagen efter, at hun var gravid i syvende måned. Årsagen til, at hun havde genoptaget sit arbejde, var, at hun dermed kunne få udbetalt en barselsydelse, der var større end forældreorlovsydelsen, samt et tillæg til barselsydelsen betalt af arbejdsgiveren.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, EFT L 39, s. 40.

4. I henhold til § 3, stk. 2, i Mutterschutzgesetz (lov om beskyttelse af mødre, herefter »MuSchG«) skulle Wiebke Buschs barselsorlov begynde den 23. maj 2001. Sagsøgte reagerede ved den 11. april 2001 at sende Wiebke Busch hjem, hvorefter klinikken anfægtede gyldigheden af sit tilsagn om, at hun kunne komme tilbage på arbejdspladsen med henvisning til, at dette var fremkaldt ved svig, og at den havde befundet sig i en vildfarelse om en egenskab af væsentlig betydning. I lyset af forbuddet i MuSchG's § 4, stk. 2, var arbejdsgiveren af den opfattelse, at arbejdstageren ikke længere var i stand til at udføre sine arbejdsopgaver fuldt ud.

5. Wiebke Busch har bekræftet, at opgaverne som sygeplejerske på hendes afdeling bestod i at hjælpe sengeliggende patienter med at sidde op og spise, at vaske patienterne med de største plejebehov, og regelmæssigt med hjælp fra en anden sygeplejerske at vende patienter, samt at forberede og give injektioner. Hun har anført, at hun under sin første graviditet fortsatte med at udføre sine normale opgaver, men også havde udført administrative opgaver. Eftersom sengene på klinikken var af en type, man skubber, og en særlig personalegruppe tog sig af portøropgaver inden for bygningen, har hun gjort gældende, at hun ville have været i stand til at udøve sin beskæftigelse indtil barselsorloven, hvorved beskæftigelsesforbuddet ikke ville være trådt i kraft før den 23. maj 2001.

Wiebke Busch har nedlagt påstand om betaling af 4 181,77 DEM (2 138,11 EUR) i bruttoløn samt et tillæg til barselsydelsen på 3 258,50 DEM (1 666,04 EUR).

6. Sagsøgte har nægtet at betale disse beløb med henvisning til, at arbejdstageren skulle have oplyst sagsøgte om sin graviditet, inden hun genoptog arbejdet. Eftersom hendes ansættelse var tidsbegrænset (fra den 9.4. til den 23.5.2001) udgjorde graviditeten en væsentlig egenskab hos arbejdstageren, hvorfor arbejdsgiveren, der ikke var bekendt hermed, havde befundet sig i en vildfarelse.

7. Tilsyneladende er parterne enige om, at der ikke var mulighed for at beskæftige Wiebke Busch med administrative opgaver i den omhandlede periode.

II — National lovgivning [3]

8. I MuSchG's § 3 bestemmes, at gravide kvinder ikke må arbejde i de sidste seks uger før fødslen, medmindre de udtrykkeligt har erklæret sig i stand til at udføre deres arbejde.

3 — Ifølge oplysninger i Kommissionens skriftlige indlæg.

I medfør af MuSchG's § 4, stk. 1, må gravide kvinder ikke beskæftiges med tungt legemligt arbejde og med arbejde, hvor de er udsat for skadelige virkninger af sundhedsfarlige stoffer eller stråler, af støv, gasser eller dampe, af varme, kulde eller fugt, af rystelser eller af støj. I henhold til § 4, stk. 2, forbydes det gravide kvinder at beskæftige sig med arbejde, hvor der med regelmæssige mellemrum manuelt og uden mekaniske hjælpemidler skal løftes, bevæges eller transporteres byrder på over 5 kg eller lejlighedsvis på over 10 kg.

MuSchG's § 11 regulerer aflønning af gravide kvinder, som er omfattet af lovens beskæftigelsesforbud. Hvis en arbejdstager ikke er berettiget til barselsydelse og hun helt eller delvis holder op med at arbejde, vil hun fortsat fra sin arbejdsgiver modtage gennemsnitslønnen af de sidste 13 uger eller af de sidste tre måneder før den måned, hvor hun blev gravid.

I medfør af MuSchG's § 13 modtager de arbejdstagere, der har tegnet en sygeforsikring, en daglig barselsydelse på 25 DEM (12,78 EUR) under barselsorloven. I MuSchG's § 14 bestemmes, at en kvinde, der er berettiget til denne ydelse, også fra sin arbejdsgiver modtager et tillæg, der udgør forskellen mellem 25 DEM og den gennemsnitlige dagløn minus lovpligtige fradrag.

9. I medfør af § 5 i Gesetz über Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (lov om forældreorlovsydelse, herefter »BErzGG«) udgør den månedlige forældreorlovsydelse 600 DEM [4] (306,78 EUR). I henhold til samme lovs § 7 modregnes barselsydelsen i forældreorlovsydelsen efter barnets fødsel.

BErzGG's § 16 bestemmer, at den arbejdstager, der ønsker at tage forældreorlov, skal fremsætte anmodning herom over for dennes arbejdsgiver senest fire uger før det tidspunkt, hvor forældreorloven ønskes påbegyndt, og anføre det ønskede tidsrum herfor. Arbejdstagere kan afkorte eller forlænge forældreorloven under forudsætning af, at arbejdsgiveren, der tilsyneladende råder over et vist skøn i den henseende, giver sit samtykke [5].

10. § 123, stk. 1, i Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »BGB«) bestemmer endvidere, at enhver kan træde tilbage fra sit tilsagn, der ulovligt er blevet fremkaldt ved svig eller trusler.

4 — Fra og med den 1.1.2001 var dette beløb fastsat til enten 900 DEM (460,16 EUR) for det første år efter barnets fødsel, eller til 600 DEM i de første to år efter barnets fødsel afhængig af modtagerens indkomst og ønske.

5 — Denne bestemmelse blev ændret og udvidet med virkning fra den 1.1.2001 således, at en arbejdsgiver fra denne dato kun kan nægte afkortningen af en forældreorlov med begrundelse i fødslen af endnu et barn eller i forretningsmæssige forhold i særligt alvorlige tilfælde. En arbejdstager må imidlertid ikke afkorte sin forældreorlov i løbet af den periode, der svarer til barselsorloven. I medfør af overgangsbestemmelsen i denne lovs § 24, stk. 1, finder disse lovændringer ikke anvendelse i hovedsagen.

I medfør af BGB's § 119, stk. 1, kan en person også træde tilbage fra sit tilsagn, hvis han ved afgivelsen heraf befandt sig i en vildfarelse om tilsagnets indhold eller ikke havde til hensigt at afgive et tilsagn med et sådant indhold, såfremt han havde haft kendskab til de faktiske omstændigheder og efter en fornuftig vurdering af disse. I samme bestemmelses stk. 2 bestemmes, at en vildfarelse også kan angå egenskaber ved den pågældende person eller genstand, der efter sædvane er af væsentlig betydning.

III — De præjudicielle spørgsmål

11. Arbeitsgericht Lübeck har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der ulovlig forskelsbehandling på grundlag af køn, således som udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF, når en kvinde, der med arbejdsgiverens tilsagn førtidig vil afslutte en påbegyndt forældreorlov, er forpligtet til at give arbejdsgiveren oplysning om en ny graviditet, som hun er vidende om før indgåelsen af aftalen om førtidig at afslutte forældreorloven, når hun på grund af et beskæftigelsesforbud vedrørende visse aktiviteter fra den første dag ikke kan udføre de pågældende arbejdsopgaver i fuldt omfang?

2) Dersom spørgsmål 1) besvares bekræftende, udgør det under de beskrevne omstændigheder en ulovlig forskelsbehandling på grundlag af køn i nævnte direktivs forstand, at arbejdsgiveren i denne sag er berettiget til at træde tilbage fra sit tilsagn om førtidig afslutning af forældreorloven, fordi han er blevet vildledt om kvindens graviditet?«

IV — Fællesskabslovgivning

12. Til besvarelse af de præjudicielle spørgsmål er det nødvendigt at fortolke en række bestemmelser i direktiv 76/207.

»*Artikel 2*

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.«

»*Artikel 5*

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.«

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen

13. I denne sag er der inden for den i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen fastsatte frist indgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, den tyske regering og Kommissionen.

Under retsmødet den 23. oktober 2002 er der afgivet mundtlige indlæg af sagsøgtes repræsentant og af Kommissionen.

VI — Første præjudicielle spørgsmål

14. Med sit første spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 er til hinder for en retstilstand, hvorefter en kvindelig arbejdstager, som med arbejdsgiverens samtykke førtidig ønsker at afslutte sin forældreorlov, er forpligtet til at oplyse arbejdsgiveren om sin graviditet før aftalen om genoptagelsen af hendes arbejde indgås, når hun fra første dag ikke vil kunne udføre sine arbejdsopgaver i fuldt omfang på grund af sin graviditet og som følge af visse lovbestemte beskæftigelsesforbud.

A — *Parternes anbringender i henhold til de skriftlige indlæg*

15. Wiebke Busch har anført, at en gravid kvinde, som er forpligtet til at oplyse sin arbejdsgiver om sin graviditet på det tidspunkt, hvor hun genoptager sit arbejde, er udsat for en forskelsbehandling på grundlag af køn, eftersom det kun er kvinder, der på grundlag af deres graviditet kan hindres i at udføre visse opgaver. Arbejdsgiveren kan ikke anfægte gyldigheden af sit tilsagn under henvisning til at være vildledt, fordi denne ikke havde spurgt, om hun var gravid, og arbejdsgiverens påstand om at befinde sig i en vildfarelse angående en væsentlig personlig egenskab udgør også en forskelsbehandling, eftersom den egenskab, at en kvinde ikke er gravid, ikke er en væsentlig egenskab. Wiebke Busch fastholder, at hun i det foreliggende tilfælde stort set ville have været i stand til at udøve sin

beskæftigelse, eftersom de arbejdsopgaver, hun ikke kunne udføre, kun ville have udgjort nogle få minutter af den samlede arbejdsdag. Det havde været at foretrække at fritage hende for disse opgaver i stedet for helt at forbyde hende at arbejde.

16. Sagsøgte i hovedsagen har anført, at det arbejde, arbejdstageren var afskåret fra at udføre, udgjorde en stor del af hendes arbejdsopgaver. I henhold til sagsøgtes opfattelse foreligger der ikke nogen forskelsbehandling, eftersom arbejdsaftalen ikke er blevet opsagt, og idet et seks-ugers arbejdsforhold kan sammenlignes med en tidsbestemt ansættelse, hvor arbejdstageren ikke er i stand til at udføre sit arbejde. I henhold til den loyalitetspligt, der implicit følger af arbejdsaftalen, og hvoraf alene den primære forpligtelse ophører med at være gældende under forældreorloven, skulle Wiebke Busch have meddelt, at hun på grund af sin graviditet ikke var i stand til at passe syge mennesker. Hvis der forelå forskelsbehandling, er denne begrundet i retsforskrifter, som er vedtaget for at beskytte gravide kvinder, og som forbyder udførelsen af visse arbejdsopgaver under særlige omstændigheder.

17. Den tyske regering har sondret mellem de sager, hvor en forskelsbehandling har fundet sted ved ansættelse eller afskedigelse af en gravid kvinde, og de sager, hvor en kvinde allerede befinder sig i et tidsubestemt ansættelsesforhold, og dette forhold ikke er bestridt. Ved påbegyndelsen af et ansættelsesforhold kan det ikke kræves, at en kvinde giver arbejdsgiveren oplysning om sin graviditet, da dette ville kunne stille hende ringere. Efter den tyske regerings opfattelse kræver Wiebke Busch ikke at blive ligestillet med en mand, men søger snarere at opnå en økonomisk fordel, der står i forhold til andre gravide arbejdstagere, der stadig er på forældreorlov. Dette er efter den tyske regerings opfattelse et misbrug af rettigheder.

18. Kommissionen er af den opfattelse, at en arbejdsgivers afslag på at lade en kvindelig arbejdstager genoptage sit arbejde inden udløbet af sin forældreorlov som følge af hendes graviditet udgør en forskelsbehandling på grundlag af køn, der er i strid med direktiv 76/207. Eftersom der var tale om et tidsubestemt ansættelsesforhold, er der ingen grund til at undersøge, om det forhold, at arbejdstageren i perioden op til sin barselsorlov var afskåret fra at udføre en stor del af sine arbejdsopgaver på grund af beskæftigelsesforbuddet, udgør en undtagelse til det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling. Graviditeten er ikke et kriterium, som arbejdsgiveren kan lægge vægt på, da dette ville udgøre forskelsbehandling. Som følge heraf er det uvæsentligt, om arbejdstageren oplyste, at hun var gravid.

B — *Besvarelse af første præjudicielle spørgsmål*

19. Rammeaftalen vedrørende forældreorlov [6], er et tilsagn fra visse generelle bran-

6 — Udarbejdet i Bruxelles den 14.12.1995.

cheorganisationer (UNICE, CEEP og EFS) om at indføre minimumsforskrifter for forældreorlov som et vigtigt middel til at forene arbejdsliv og familieliv og til at fremme lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder. Med undtagelse af Det Forenede Kongerige blev aftalen bindende for medlemsstaterne ved direktiv 96/34/EF [7] som udstedt den 3. juni 1996 i medfør af artikel 4, stk. 2 i aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken [8], der bestemmer, at arbejdsmarkedets parter i fællesskab kan anmode om, at aftaler ved Rådets beslutning og på forslag af Kommissionen finder anvendelse på fællesskabsplan. Tidsfristen for gennemførelse af rammeaftalen vedrørende forældreorlov i national ret udløb den 3. juni 1998 [9].

20. § 1 i aftalen om forældreorlov indeholder minimumsforskrifter, der skal gøre det lettere at forene arbejdsmæssigt og familiemæssigt ansvar for forældre, som arbejder. § 4 bestemmer, at medlemsstaterne kan opretholde eller indføre bestemmelser, der er gunstigere end dem, der er fastsat i aftalen. Aftalen berører ikke den individuelle ret til forældreorlov for den arbejdstager, der befinder sig i et tidsubestemt ansættelsesforhold.

21. I medfør af § 2, stk. 7, fastsætter medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter, hvorledes der skal forholdes med ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet under orlovsperioden. Ikke desto mindre står det klart, at ansættelsesforholdet fortsætter, selv om parternes primære forpligtelser er trådt ud af kraft, idet arbejdstagerne ved orlovens ophør har ret til at vende tilbage til den samme stilling eller, hvis dette ikke er muligt, til en tilsvarende eller lignende stilling.

22. Forældreorlovens længde er fastlagt til mindst tre måneder, indtil barnet har nået en nærmere fastsat alder, der kan være op til otte år. Imidlertid findes der ingen bestemmelser, der regulerer den situation, at arbejdstageren ønsker at genoptage sin beskæftigelse inden udløbet af sin forældreorlov. Følgelig bestemmes vilkårene for en arbejdstagers genoptagelse af sin beskæftigelse på nationalt plan enten ved lov eller ved kollektiv overenskomst.

I henhold til den tyske lovgivning om forældreorlov, som den finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsa-

7 — Rådets direktiv af 3.6.1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT L 145, s. 4).

8 — Aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken indgået mellem Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater med undtagelse af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, der er bilagt protokol nr. 14 og indføjet i traktat om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab ved traktat om Den Europæiske Union som underskrevet i Maastricht den 7.2.1992. Bestemmelserne om aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken blev indarbejdet i artikel 117-120 i traktat om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (nu artikel 136 EF-143 EF) ved Amsterdamtraktaten, der blev underskrevet den 2.10.1997, og trådte i kraft den 1.5.1999.

9 — Direktiv 96/34 blev ændret og udvidet til at omfatte Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved Rådets direktiv 97/75/EF af 15.12.1997 (EFT 1998 L 10, s. 24). Tidsfristen for gennemførelse af direktivet i national ret for denne medlemsstat udløb den 15.12.1999.

gen, kan en arbejdstager genoptage sit arbejde før udløbet af den aftalte periode under forudsætning af, at arbejdsgiveren, der råder over et vist skøn i den henseende, giver sit samtykke.

23. Direktiv 76/207 tilsigter at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [10]. I artikel 5 bestemmes, 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.

Arbejdstageren har som sådan ret til forældreorlov, så længe arbejdsaftalen fortsat løber. Følgeligt udgør vilkårene for en arbejdstagers førtidige genoptagelse af sin beskæftigelse en del af arbejdsaftalen og er som sådan omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207, hvoraf følger, at vilkårene ikke må variere på grundlag af arbejdstagerens køn.

24. Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af ligebehandlingsprincippet som fastlagt i direktiv 76/207 er allerede omfattende, når det gælder gravide arbejdstageres rettigheder med hensyn til beskæftigelse. Hidtil har Domstolen fastholdt, at der er tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, når en arbejdsgiver lægger en kvindes graviditet til grund for at nægte at ansætte hende [11], for at afskedige hende [12] eller for at undlade at forny en tidsbestemt ansættelsesaftale med hende [13]. Det udgør også forskelsbehandling at afskedige en gravid arbejdstager på grundlag af hendes graviditetsbetingede sygdom [14]. Domstolen har aldrig anerkendt, at en sådan forskelsbehandling kan begrundes med det økonomiske tab, arbejdsgiveren lider under en gravid arbejdstagers barselsorlov eller graviditet.

I henhold til den ovennævnte retspraksis gælder forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige ansatte ikke blot for offentlige myndigheder, men omfatter også alle overenskomster, der kollektivt

10 — Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT L 6, s. 24) præciserer indholdet, rækkevidden og måden, hvorpå princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring skal anvendes.

11 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, og af 3.2.2000, sag C-207/98, Mahlburg, Sml. I, s. 549.

12 — Dom af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, og af 4.10.2001, sag C-109/00, Tele Danmark, Sml. I, s. 6993.

13 — Dom af 4.10.2001, sag C-438/99, Jiménez Melgar, Sml. I, s. 6915.

14 — Jf. dom af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185. I denne sag omgjorde Domstolens plenum Sjette Afdelings dom af 29.5.1997, sag C-400/95, Larsson, Sml. I, s. 2757. Se også mine forslag til afgørelse i begge sager.

regulerer arbejdsforhold, og aftaler mellem private [15]. Forbudet gælder også i forhold til en arbejdsgivers ensidige handling i forhold til sine arbejdstagere [16].

25. Det er korrekt, at Wiebke Buschs situation ikke vedrører adgang til beskæftigelse eller afskedigelse, men derimod de vilkår, som gælder ved udøvelsen af de rettigheder og opfyldelsen af de pligter, der følger af arbejdsaftalen. Som jeg allerede har påpeget, indeholder bestemmelserne i direktiv 76/207 imidlertid et forbud mod, at arbejdsgiveren på grundlag af arbejdstagerens graviditet træffer en afgørelse, der begrænser hendes rettigheder med hensyn til beskæftigelse. Heraf følger, at hvis grunden til, at en arbejdsgiver nægter en arbejdstager at genoptage sit arbejde inden udløbet af dennes forældreorlov, er hendes graviditet, udgør dette direkte forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, eftersom de fastsatte vilkår for genoptagelsen af hendes beskæftigelse udgør en del af arbejdsvilkårene, der skal gælde for mænd og kvinder uden forskelsbehandling, og graviditet er en tilstand, der kun vedrører kvinder.

Eftersom arbejdsgiveren ikke må tage hensyn til graviditeten, når denne tager stilling til hendes genoptagelse af hendes beskæftigelse, eftersom dette vil udgøre en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, er arbejdstagerens graviditet uden betydning for arbejdsgiverens afgørelse, hvilket indebærer, at arbejdstageren ikke er forpligtet til at underrette sin arbejdsgiver om, at hun er gravid.

26. Domstolen har også taget stilling til opsigelsen af en arbejdsaftale på grundlag af graviditet, hvor aftalen blev erklæret ugyldig som følge af et lovfæstet forbud mod natarbejde eller arbejdsgiverens adgang til at anfægte aftalen på grund af vildfarelse om en egenskab hos arbejdstageren af væsentlig betydning [17], og hvor begrundelsen var, at et lovbestemt forbud mod at beskæftige gravide kvinder var knyttet til den stilling, hun skulle beklæde [18]. I lighed med tilfældet i Wiebke Buschs situation fulgte begge forbud af MuSchG.

27. I begge disse sager fastslog Domstolen, at forskelsbehandlingen ikke udsprang direkte af kvindernes graviditet, men af et lovbestemt forbud mod at beskæftige gravide kvinder, der var omfattet af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, hvorefter direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

15 — Jf. dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 12, af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 11, og af 9.9.1999, sag C-281/97, Krüger, Sml. I, s. 5127, præmis 20.

16 — Dom af 21.10.1999, sag C-333/97, Lewen, Sml. I, s. 7243, præmis 26.

17 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657.

18 — Mahlburg-dommen, nævnt i fodnote 11.

Ikke desto mindre fastslog Domstolen i den første sag, at direkte forskelsbehandling som for eksempel den omstændighed, at en ansættelseskontrakt, der er indgået på ubestemt tid, bringes til ophør på grund af arbejdstagerens graviditet, uanset om det sker som følge af, at kontrakten erklæres ugyldig eller anfægtes, ikke kan begrundes med, at et lovfæstet forbud, der gælder på grund af graviditeten, midlertidigt afskærer den ansatte fra at udføre natarbejde.

I den anden sag fastslog Domstolen, at anvendelsen af bestemmelserne om beskyttelse af gravide kvinder ikke må have til følge, at en gravid kvinde stilles ringere med hensyn til adgang til beskæftigelse, således at en arbejdsgiver ikke kan nægte at ansætte en gravid ansøger med den begrundelse, at et beskæftigelsesforbud, som er begrundet i graviditeten, forhindrer ham i fra ansættelsesforholdets begyndelse og indtil barselsorloven påbegyndes at ansætte hende i den tidsubestemte stilling, der skal besættes. Domstolen fastslog videre, at nægtelse af ansættelse på grund af graviditet ikke kan begrundes med det økonomiske tab, arbejdsgiveren lider ved, at den kvinde, der ansættes, ikke kan beklæde den pågældende stilling under hele svangerskabet.

28. Om end mindre indgribende svarer det forbud, Wiebke Busch var omfattet af på grundlag af sin graviditet, til det forbud, som var gældende i forhold til Gabriele Habermann-Beltermann og Silke-Karin Mahlburg. Forbuddet er fastsat i MuSchG i overensstemmelse med artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207. Denne bestemmelse indrømmer medlemsstaterne et skøn, for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de inden for direktivets rammer træffer for at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab og for at udligne de faktiske, eksisterende vanskeligheder, som kvinder, modsat mænd, har med at bevare beskæftigelsen [19].

I denne forbindelse har Domstolen fastslået følgende: »Kvinders udnyttelse af deres rettigheder efter artikel 2, stk. 3, må derfor ikke medføre, at de stilles ringere i deres adgang til stillinger eller i deres arbejdsvilkår. Direktivet tilsigter på dette punkt en reel og ikke en formel ligestilling« [20].

29. Sagsøgte i hovedsagen har fastholdt, at hvis Wiebke Busch skulle genoptage sit arbejde under de dér beskrevne omstændigheder, ville dette være en forskelsbehandling i forhold til andre arbejdstagere, der fortsætter deres forældreorlov, skønt de er gravide.

30. Det er svært at erklære sig enig i dette synspunkt, når henses til Domstolens praksis, der definerer forskelsbehandling således, at der på sammenlignelige situationer

19 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 27.

20 — Dom af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 26.

anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer [21].

En gravid arbejdstager, der genoptager sin beskæftigelse inden udløbet af sin forældreorlov, er berettiget til at genindtræde i sin stilling og til at modtage løn samt tillæg til barselsydelsen fra arbejdsgiveren. På den anden side vil en kvinde, der fortsætter sin forældreorlov under graviditeten, ikke længere indgå i arbejdsstyrken. Eftersom begge kvinder befinder sig i forskellige situationer, ville det være en tilsidesættelse af lighedsprincippet at behandle dem ens.

31. Af forelæggelseskendelsen fremgår, at den tyske ret er bekendt med Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om ligebehandlingsprincippet. Imidlertid var der tilsyneladende endnu ikke afsagt dom i Tele Danmark-sagen [22] og i Jiménez Melgar-sagen [23], da spørgsmålene blev formuleret.

32. Denne konstatering er interessant, fordi den nationale ret på baggrund en række af de domme, jeg lige har gennemgået, og som blev afsagt i sager, der drejede sig om ansættelse og afskedigelse af gravide kvinder i tidsubestemte stillinger, har draget nogle slutninger, der i lyset af Domstolens fortolkning af ligebehandlingsprincippet i de to domme fra efteråret 2001 [24] er fejlagtige. I de omhandlede domme efterprøvede Domstolen for første gang, om dette princip fandt anvendelse på samme måde i forhold til tidsbestemte ansættelsesaftaler.

I forelæggelseskendelsens punkt 1, litra b), i del II har Arbeitsgericht Lübeck eksempelvis henvist til to af Domstolens afgørelser og anført: »Det fremgår nemlig [...], at bortset fra ved indgåelse af varige arbejdsforhold kan arbejdsgiveren ikke alene spørge en ansøger, om hun er gravid, men der eksisterer også uden en udtrykkelig forespørgsel en oplysningspligt herom for den gravide ansøger.« Den nationale ret har tilføjet, at Wiebke Busch var klar over, at hun kun kunne være beskæftiget i ca. seks uger og for sagsøgeren var »situationen [...] altså [...] den samme, som hvis hun skulle udøve en midlertidig beskæftigelse«.

I lyset af Domstolens seneste praksis kan disse slutninger ikke være mere fejlagtige.

33. I Tele Danmark-sagen skulle Domstolen tage stilling til, om det udgjorde for-

21 — Dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30, af 27.6.1996, sag C-107/94, Asscher, Sml. I, s. 3089, præmis 40, af 14.9.1999, sag C-391/97, Gschwind, Sml. I, s. 5451, præmis 21, og af 3.10.2000, sag C-411/98, Ferlini, Sml. I, s. 8081, præmis 51.

22 — Nævnt ovenfor.

23 — Nævnt ovenfor.

24 — Tele Danmark-dommen og Jiménez Melgar-dommen.

skelsbehandling at afskedige en arbejdstager på grundlag af hendes graviditet under hensyntagen til, at hun var ansat på en tidsbestemt ansættelseskontrakt og havde undladt at oplyse sin arbejdsgiver om, at hun var gravid, uanset at hun på tidspunktet for sin ansættelse var klar over, at hun var gravid, samt at hun på grund af sin graviditet ville være afskåret fra at arbejde i en væsentlig del af sin ansættelsesperiode.

34. Domstolen stadfæstede sin praksis fra Webb-sagen[25], hvorefter den beskyttelse, fællesskabsretten sikrer kvinden under graviditeten og efter fødslen, ikke kan være afhængig af, om det er uomgængelig nødvendigt for driften af den virksomhed, hvor hun er ansat, at hun er til stede i hele den periode, der svarer til barselsorloven, uanset at det for arbejdsgiveren nødvendigvis er en væsentlig betingelse for rigtig opfyldelse af arbejdskontrakten, at arbejdstageren er til stede. Den modsatte fortolkning ville bevirke, at bestemmelserne i direktiv 76/207 ikke fik effektiv virkning.

Domstolen fastslog videre, at det forhold, at der var tale om en tidsbestemt ansættelse, ikke kunne føre til et andet resultat. Domstolen var af den opfattelse, at det ikke har nogen betydning for afskedigelsens karakter af forskelsbehandling, om en ansættelsesaftale er tidsbestemt eller tidsubestemt, uanset beskaffenheden og omfanget af det økonomiske tab, arbejdsgiveren lider som følge af arbejdstagerens graviditetsbetingede fravær, eftersom afskedigelsen af en arbejdstager på grund af graviditet udgør direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. I begge tilfælde beror arbejdstagerens manglende evne til at opfylde sin kontrakt på hendes graviditet.

35. Et af de præjudicielle spørgsmål i Jiménez Melgar-sagen drejede sig om undladelse af at forny en tidsbestemt ansættelsesaftale med en gravid arbejdstager. Domstolen fastslog, at mens forbuddet mod afskedigelse i artikel 10 i direktiv 92/85[26] finder anvendelse såvel for tidsbestemte som for tidsubestemte ansættelsesaftaler, kan en undladelse af at forny en tidsbestemt ansættelsesaftale ved dennes normale ophør ikke sammenlignes med en afskedigelse, der er forbudt i medfør af denne bestemmelse. Når derimod en undladelse af at forny en tidsbestemt ansættelsesaftale er begrundet i arbejdstagerens graviditet, udgør dette direkte forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207.

36. Det kan ikke nægtes, at det forhold, at en arbejdstager efter genoptagelsen af sit arbejde ikke er i stand til at udføre en del heraf, kan have konsekvenser for virksomheden både organisatorisk og økonomisk. Ved artikel 5 i direktiv 92/85 overlades der imidlertid arbejdsgiveren et vist manøvrerum, idet denne som et første skridt, når der er risiko for arbejdstagerens sikkerhed eller sundhed eller risiko for en negativ indvirkning på den pågældendes graviditet eller amning, midlertidigt kan ændre vedkommendes arbejdsforhold eller arbejdstid. Hvis dette ikke er muligt, træffer arbejds-

25 — Nævnt ovenfor.

26 — Rådets direktiv 92/85/EØF af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF), EFT L 348, s. 1.

giveren de nødvendige foranstaltninger til at overføre den pågældende arbejdstager til andre arbejdsopgaver. Kun når ingen af disse muligheder er realiserbare, fritager arbejdsgiveren den pågældende arbejdstager for at arbejde, så længe det er nødvendigt for at beskytte hende mod disse risici.

37. Domstolen har fastslået, at direktiv 76/207 og direktiv 92/85 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en arbejdsgiver, når denne skønner ikke at kunne finde anvendelse for en gravid kvinde, på trods af at hun ikke er uarbejdsdygtig, kan hjemsende hende uden at betale hende fuld løn, uden at der foretages en forudgående undersøgelse af muligheden for at ændre hendes arbejdsforhold og/eller arbejdstid eller derudover muligheden for at overføre hende til andre arbejdsopgaver [27].

Snarere end at støtte ret på de foranstaltninger, der kan træffes i medfør af artikel 5 i direktiv 92/85, besluttede sagsøgte i hovedsagen med umiddelbar virkning at fritstille arbejdstageren [28], idet sagsøgte anfægtede gyldigheden af sit tilsagn om, at hun kunne afkorte forældreorloven med henvisning til, at dette var fremkaldt ved svig, og at sagsøgte havde befundet sig i en vildfarelse om en egenskab af væsentlig betydning.

38. Som Kommissionen korrekt har påpeget, tilkommer det i hvert fald medlemsstaterne at fastlægge, hvilke omkostninger arbejdsgiveren skal dække, og hvilke statskassen i overensstemmelse med princippet om det fælles sociale ansvar skal dække via skatter, hvorved der skal tages hensyn til, at beskyttelsen af gravide kvinder ikke må være til skade for den enkelte gravide kvindes stilling på arbejdsmarkedet.

39. Selv om Arbeitsgericht Lübeck ikke direkte har stillet spørgsmål om, hvorvidt arbejdstageren har gjort sig skyldig i misbrug af rettigheder, skal jeg fremkomme med visse yderligere relevante betragtninger for den nationale ret, idet denne i visse af sine udtalelser i punkt 1, litra b) i del II i forelæggelseskendelsen tilsyneladende har antydet, at et sådant misbrug kunne have fundet sted.

For det første følger det af tysk ret, at en arbejdstager har ret til at genoptage sit arbejde efter forældreorlov.

For det andet gav arbejdsgiveren først i marts sit tilsagn til Wiebke Buschs genoptagelse af hendes arbejde, selv om hun allerede i januar havde anmodet herom, hvoraf følger, at hvis ikke det havde taget så lang tid at indgå aftalen, ville arbejdstageren have været i stand til at arbejde i en længere periode, inden hun påbegyndte sin barselsorlov.

27 — Dom af 19.11.1998, sag C-66/98, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 58 og 59.

28 — Under retsmødet har sagsøgtes repræsentant imidlertid oplyst, at størstedelen af klinikkens plejepersonale er kvinder, og at man altid tager hensyn til eventuelle graviditeter ved udarbejdelsen af arbejdsplanen.

Uanset at Wiebke Busch tilsigtede at opnå en barselsydelse, der er større end forældreorlovsydelsen, samt et tillæg til barselsydelsen betalt af arbejdsgiveren, er der for det tredje ingen grund til at antage, at alle gravide kvinder, der anmoder om at genoptage deres arbejde, har den samme hensigt. Der er andre grunde til, at en gravid kvinde anmoder om at genoptage sit arbejde som for eksempel, at hun har mulighed for at modtage flere måneders fuld løn før fødslen, at hun ikke længere passer det barn, hvis pasning var årsagen til, at hun anmodede om forældreorlov, eller at hun har mulighed for en forfremmelse eller for at deltage i en foranstaltning for erhvervsuddannelse.

Endelig påvirker beskæftigelsesforbuddet vedrørende visse aktiviteter kun de kvinder, der har en stilling, der udsætter dem for risici i forhold til deres sundhed og sikkerhed, og i sådanne situationer skal arbejdsgiveren enten midlertidigt ændre en kvindes arbejdsforhold og/eller arbejdstid eller, når dette ikke med rimelighed kan forlanges, overføre hende til andre arbejdsopgaver, eller i yderste fald fritage hende for at arbejde.

40. Af ovennævnte grunde må det fastslås, at artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 er til hinder for, at en arbejdstager, der med arbejdsgiverens tilsagn førtidig vil afslutte en påbegyndt forældreorlov, er forpligtet til at give arbejdsgiveren oplysning om, at hun er gravid, før indgåelsen af aftalen om førtidigt at afslutte forældreorloven, uanset at hun på grund af sin graviditet og et beskæftigelsesforbud fra den første dag ikke kan udføre de pågældende arbejdsopgaver i fuldt omfang.

VII — Andet præjudicielle spørgsmål

41. Med dette spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, hvorvidt det udgør ulovlig forskelsbehandling på grundlag af køn som omhandlet i direktiv 76/207, at en arbejdsgiver er berettiget til at træde tilbage fra sit tilsagn om førtidig afslutning af forældreorloven, fordi han er blevet vildledt om kvindens graviditet.

42. Jeg er enig med Kommissionen i, at den nationale ret må fortolke bestemmelserne i BGB i lyset af ordlyden af og formålet med direktiv 76/207 og direktiv 92/85, således at det med fællesskabsretten tilsigtede formål opnås.

Eftersom en arbejdsgiver ikke på grundlag af en kvindes graviditet må nægte hende at genoptage sit arbejde før udløbet af hendes forældreorlov, forekommer det mig klart, at det ikke ville være acceptabelt, at arbejdsgiveren efter at have givet sit samtykke alligevel skulle kunne opnå samme resultat med hjemmel i BGB's § 123 og § 119.

43. Af denne grund mener jeg, at det i strid med direktiv 76/207 ville udgøre direkte forskelsbehandling på grundlag af køn at give arbejdsgiveren ret til at træde tilbage fra sit tilsagn om førtidig afslutning af forældreorloven, fordi han er blevet vildledt om kvindens graviditet.

VIII — Forslag til afgørelse

44. På grundlag af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer Arbeitsgericht Lübeck som følger:

»1) Artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 5, stk. 1, 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 er til hinder for en retstilstand, hvorefter en kvindelig arbejdstager, som med arbejdsgiverens samtykke ønsker at genoptage sin beskæftigelse inden udløbet af sin forældreorlov, er forpligtet til at oplyse arbejdsgiveren om sin graviditet før indgåelsen af aftalen om førtidig at afslutte forældreorloven, uanset at hun på grund af sin graviditet og et beskæftigelsesforbud fra den første dag ikke kan udføre de pågældende arbejdsopgaver i fuldt omfang.

2) En arbejdsgivers ret til at træde tilbage fra sit tilsagn om førtidig afslutning af en kvindelig arbejdstagers forældreorlov, fordi han er blevet vildledt om hendes graviditet, udgør direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, der er forbudt i henhold til direktiv 76/207.«