# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 21 november 2002 [1]

1. Arbeitsgericht Lübeck (Tyskland) har i enlighet med artikel 234 EG ställt två frågor till domstolen angående tolkningen av direktiv 76/207/EEG [2], för att få klarhet i huruvida en kvinnlig arbetstagare som är föräldraledig är skyldig att underrätta arbetsgivaren om att hon är gravid när hon ansöker om att få återinträda i tjänst innan nämnda ledighet har löpt ut, med hänsyn till att hon är oförmögen att i sitt tillstånd utföra vissa av de uppgifter som ingår i hennes tjänst.

## I — Omständigheterna i målet vid den nationella domstolen

2. Wiebke Busch är sökande i målet vid den nationella domstolen och är sedan april år 1998 anställd som sjuksköterska vid ett sjukhus som drivs av svaranden, Klinikum Neustadt Gmbh & CO. Betriebs-KG.

När Wiebke Busch fick sitt första barn i juni år 2000 fick hon föräldraledigt i tre år. I oktober år 2000 blev hon gravid på nytt och ansökte skriftligen den 30 januari 2001 om att få återinträda i tjänst utan begränsning till något särskilt skift. Efter upprepade telefonkontakter mellan henne och personalchefen beslutade arbetsgivaren att låta henna återinträda i tjänst vid en avdelning med 39 vårdplatser, som sköttes av tre sjukskötare i varje skift, och där det fanns en ledig tjänst som snarast måste tillsättas.

3. Den 22 mars 2001 godkände svarandeföretaget att Wiebke Busch avbröt sin föräldraledighet. Hon tillfrågades därvid inte om hon var gravid. Hon återinträdde i tjänst den 9 april 2001 och underrättade arbetsgivaren påföljande dag om att hon var gravid i sjunde månaden. Skälet till att hon åter började yrkesarbeta var att hon ville erhålla en högre moderskapsförmån än den som utgår under föräldraledigheten, och även det tillägg som företaget betalar ut.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Rådets direktiv av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

4. Enligt 3 § andra stycket i lagen om skydd för mödrar (Mutterschutzgesetz) måste mammaledigheten påbörjas den 23 maj. Svaranden hemförlovade därför arbetstagaren den 11 april och var fortsättningsvis inte längre beredd att låta henne återinträda i tjänst varvid sökanden hävdade att hon gjort sig skyldig till bedrägligt beteende och att hon brustit i en väsentlig egenskap. Svaranden anser att sökanden, i enlighet med förbudet i artikel 4.2 i nämnda lag, inte var fullt arbetsför.

5. Wiebke Busch har bekräftat att sjuksköterskorna på hennes avdelning bland annat utför följande uppgifter: mata patienter som inte kan äta på egen hand, tvätta patienter som behöver intensivvård, tillsammans med en kollega regelbundet ändra patienternas kroppsläge samt förbereda och fördela injektionsdoser. Wiebke Busch har hävdat att hon under sin första graviditet fortsatte att utföra sina vanliga sysslor även om hon också utförde administrativa uppdrag. Hon har uppgivit att hon skulle ha kunnat arbeta fram till dess att hon påbörjade sin mammaledighet, och det fanns inte något hinder mot att hon var i tjänst från den 23 maj 2001 eftersom förflyttning av sängar och transporter inom byggnaden ombesörjdes av en särskild intern avdelning på detta sjukhus.

Sökanden har begärt en bruttoersättning på 4 181,77 DEM (2 138,11 euro) såsom för lön samt en nettoersättning på 3 258,50 DEM (1 666,04 euro) såsom tillägg till moderskapsförmånen.

6. Svaranden har vägrat att betala dessa belopp med hänvisning till att den anställda skulle ha informerat arbetsgivaren om sitt tillstånd innan hon återinträdde i tjänst. Med hänsyn till att hon hade en tidsbegränsad anställning (från den 9 april till den 23 maj 2001) utgjorde graviditeten en väsentlig egenskap hos arbetstagaren och företaget var ovetande om graviditeten.

7. Parterna synes vara överens om att det under denna period inte fanns någon möjlighet för Wiebke Busch att arbeta med administrativa uppgifter.

## II — Den nationella lagstiftningen [3]

8. I 3 § i lagen om skydd för mödrar föreskrivs att gravida kvinnor inte får arbeta under de sex veckor som närmast föregår förlossningen, om de inte uttryckligen uppger att deras tillstånd medger detta.

3 — Uppgifter som kommissionen har lämnat i sina skriftliga synpunkter.

Enligt 4 § första stycket är det förbjudet att ge gravida kvinnor fysiskt ansträngande arbetsuppgifter eller arbetsuppgifter som innebär att de utsätts för skadlig inverkan från ämnen eller strålning som är hälsovådliga. Gravida kvinnor får inte heller utsättas för damm, gas eller ångor, värme, kyla, fukt, skakningar eller buller. Enligt andra stycket är det förbjudet att ge gravida kvinnor arbetsuppgifter som innebär att de regelbundet för hand och utan mekanisk hjälp måste lyfta, flytta eller transportera föremål som väger mer än fem kilo eller, när dessa åtgärder endast sker tillfälligt, tio kilo.

I 11 § regleras ersättning till gravida arbetstagare som omfattas av arbetsförbudet i lagen. För det fall arbetstagaren inte har rätt till moderskapsförmån och hon helt eller delvis upphör med sin yrkesverksamhet, skall hon även fortsättningsvis erhålla lön från arbetsgivaren under de tretton sista veckorna eller de tre månader som föregår arbetstagarens konceptionsmånad.

Enligt 13 § erhåller de arbetstagare som är anslutna till en sjukförsäkringskassa en förmån under mammaledigheten. Bidraget uppgår till 25 DEM (12,78 euro) per dag. Enligt 14 § skall de som har rätt till denna förmån även erhålla ett tillägg från arbetsgivaren som skall uppgå till skillnaden mellan 25 DEM och den genomsnittliga dagslönen från vilken lagstadgade avdrag skall göras.

9. I 5 § i den federala lagen om beviljande av föräldrabidrag och föräldraledighet (Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub) fastställs föräldrabidraget under föräldraledigheten till 600 DEM [4] (306,78 euro) per månad. Med tillämpning av 7 § hänförs moderskapsförmånen från och med födelsen till föräldrapenningen.

Enligt 16 § är en arbetstagare som önskar vara föräldraledig skyldig att ansöka om detta hos arbetsgivaren minst fyra veckor innan ledigheten skall påbörjas, samt ange hur länge ledigheten skall vara. Den som beviljas föräldraledighet kan avsluta ledigheten i förtid eller förlänga densamma under förutsättning att arbetsgivaren tillstyrker detta. Arbetsgivaren synes härvid åtnjuta ett utrymme för skönsmässig bedömning. [5]

10. I 123 § i den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch) föreskrivs att varje person kan återkalla sin viljeförklaring om denna har avgivits på grund av svek eller hot.

4 — Från och med den 1 januari 2001 fastställdes detta belopp med hänsyn till inkomsten och enligt förmånstagarens val till 900 DEM (460,16 euro) under barnets första levnadsår eller 600 DEM under de två första åren.

5 — Denna bestämmelse har varit föremål för ändringar och tillägg som gäller från den 1 januari 2001, varför arbetsgivaren från och med detta datum kan invända mot att föräldraledigheten avslutas i förtid på grund av att denna förälder får ytterligare ett barn eller på grund av absolut nödvändighet, endast om det finns tvingande skäl i form av att företaget skall kunna fungera väl. Det är emellertid inte tillåtet för den kvinnliga arbetstagaren att avsluta föräldraledigheten under den period som avser mammaledighet. Nämnda ändringar och tillägg är inte tillämpliga i målet vid den nationella domstolen på grund av övergångsbestämmelsen i § 24 första stycket i nämnda lag.

Enligt 119 § första stycket kan en person även återkalla sin viljeförklaring som lämnats i villfarelse om dess innehåll, eller om personen aldrig skulle ha avgett viljeförklaringen som personen hade känt till den faktiska situationen och gjort en omdömesgill prövning av frågan. Enligt andra stycket utgör även misstag avseende sådana egenskaper hos personen eller föremålet, som anses vara av väsentlig betydelse enligt sedvana, ett fel.

## III — Tolkningsfrågorna

11. Arbeitsgericht Lübeck som prövar frågorna i målet beslutade att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

1) Utgör det otillåten diskriminering på grund av kön i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv nr 76/207 att en kvinna som, med sin arbetsgivares samtycke, vill avsluta sin föräldraledighet i förtid är skyldig att meddela arbetsgivaren om att hon är gravid på nytt innan överenskommelse om återinträde i tjänst träffas, om hon på grund av ett förbud mot att utföra vissa arbetsuppgifter som gäller från första dagen inte i full utsträckning kan fullgöra uppgifterna i den tjänst hon planerar tillträda?

2) Om svaret på den första frågan är jakande, utgör det under de ovannämnda förhållandena otillåten diskriminering på grund av kön i den mening som avses i det ovannämnda direktivet att arbetsgivaren i detta fall har rätt att återkalla sin viljeförklaring i form av samtycke till att arbetstagaren avslutar sin föräldraledighet i förtid då han inte har känt till att kvinnan är gravid?

## IV — Gemenskapslagstiftningen

12. För att tolkningsfrågorna skall kunna besvaras måste vissa bestämmelser i direktiv 76/207 tolkas.

"*Artikel 2*

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

...

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

"*Artikel 5*

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

## V — Förfarandet vid domstolen

13. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den tyska regeringen och kommissionen har under förfarandet inkommit med skriftliga synpunkter inom den tidsfrist som föreskrivs i artikel 20 i domstolens stadga.

Ombud för svaranden och kommissionen infann sig vid förhandlingen, som hölls den 23 oktober 2002, för att avge muntliga yttranden.

## VI — Den första tolkningsfrågan

14. Den nationella domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 och 2.3 och artikel 5.1 i direktiv 76/207 hindrar att en kvinnlig arbetstagare som med tillstånd från sin arbetsgivare vill avsluta sin föräldraledighet i förtid, måste underrätta denne om att hon är gravid för att hon skall få återinträda i tjänst, när hon på grund av sitt tillstånd inte kan utföra alla uppgifter till följd av ett lagstadgat förbud som är tillämpligt från och med första dagen.

### A. *Inställningen hos dem som har inkommit med synpunkter*

15. Enligt Wiebke Busch innebär kravet att hon skall uppge att hon är gravid innan hon återinträder i tjänst en diskriminering på grund av kön, eftersom endast kvinnor kan förbjudas att utföra vissa uppgifter på grund av sitt tillstånd. Arbetsgivaren kan inte åberopa svek som en grund för att bestrida överenskommelsens giltighet eftersom denne inte frågade Wiebke Busch om hon var gravid. Arbetsgivaren gjorde sig däremot skyldig till diskriminering genom att hävda bristande väsentliga personliga egenskaper, eftersom egenskapen att inte vara gravid inte ingår i katalogen över en kvinnas väsentliga egenskaper. I realiteten skulle hon ha kunnat utföra merparten av sina uppgifter eftersom de uppgifter som

hon var förbjuden att utföra knappt utgjorde mer än några minuter av hela arbetsdagen. Det hade varit att föredra att hon hade befriats från dessa uppgifter i stället för att helt förbjuda henne att arbeta.

16. Svaranden i målet vid den nationella domstolen har hävdat att de uppgifter som den kvinnliga arbetstagaren förbjöds att utföra utgjorde en ansenlig del av de uppgifter som ingick i hennes tjänst. Svaranden anser inte att det har förekommit någon diskriminering eftersom anställningsavtalet inte har sagts upp och eftersom en verksamhetsperiod på sex veckor kan jämställas med en tidsbegränsad anställning under vilken den kvinnliga arbetstagaren är förhindrad att utföra sina uppgifter. För att uppfylla lojalitetskravet som följer av anställningsavtalet vari endast de huvudsakliga skyldigheterna upphör att gälla tills vidare under föräldraledigheten, skulle Wiebke Busch ha underrättat arbetsgivaren om att hon på grund av sitt tillstånd inte kunde ta hand om patienterna. För det fall det har förekommit diskriminering rättfärdigas denna av att bestämmelserna som inskränker kvinnans verksamhet under vissa förhållanden har antagits för att erbjuda ett skydd för mödrar.

17. Den tyska regeringen skiljer i fråga om diskriminering mellan fall där en gravid kvinna tillträder tjänsten och fall där kvinnan säger upp sig och redan har en tillsvidareanställning enligt ett avtal vars giltighet inte är ifrågasatt. När en kvinnlig arbetstagare påbörjar sin anställning är det inte tillåtet att fråga henne om hennes tillstånd i syfte att undvika att hon råkar ut för skador. Wiebke Busch synes inte vilja åberopa att kvinnor skall ha samma rättigheter som män. Hon försöker däremot uppnå en ekonomisk fördel i förhållande till övriga kvinnliga arbetstagare som fortfarande är föräldralediga, vilket enligt regeringen har stora likheter med rättighetsmissbruk.

18. Enligt kommissionen gör sig en arbetsgivare som på grund av tillståndet hos en gravid arbetstagare tar tillbaka sitt löfte att låta henne återinträda i sin tjänst innan föräldraledigheten har löpt ut, skyldig till diskriminering på grund av kön i strid med direktiv 76/207. När det gäller avtal om tillsvidareanställning finns det inte någon anledning att undersöka om hindret i form av ett lagstadgat förbud för den kvinnliga arbetstagaren att under tiden före mammaledigheten utföra alla de uppgifter som ingår i tjänsten utgör ett undantag från den allmänna principen om icke-diskriminering. Med utgångspunkt i att graviditet inte får beaktas av arbetsgivaren eftersom detta är ett diskriminerande kriterium, saknar det betydelse om den kvinnliga arbetstagaren underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd.

B. *Svaret på tolkningsfrågan*

19. Ramavtalet avseende föräldraledigheten [6] utgör en kompromiss mellan all-

6 — Slutet i Bryssel den 14 december 1995.

männa branschorganisationer (UNICE, CEEP och EFS) i syfte att införa minimibestämmelser för denna typ av ledighet som ett viktigt medel för att förena yrkesliv med familjeliv, och för att främja likabehandlingen av kvinnor och män samt att ge dem lika möjligheter. Ramavtalet förklarades vara tillämpligt i alla medlemsstater, med undantag av Förenade kungariket, genom antagandet av direktiv 96/34 [7], som antogs den 3 juni 1996 med stöd av artikel 4.2 i avtalet om socialpolitik [8] och som innebär att arbetsmarknadens parter gemensamt kan begära att verktygen skall användas på gemenskapsnivå i enlighet med rådets beslut på förslag av kommissionen. Tidsfristen för att införliva ramavtalet avseende föräldraledighet i de nationella rättsordningarna löpte ut den 3 juni 1998. [9]

20. I 1 § i avtalet anges minimibestämmelser för att underlätta för yrkesarbetande föräldrar att förena åtaganden i arbetslivet med familjelivet. Enligt 4 § får medlemsstaterna tillämpa eller införa bestämmelser som är förmånligare än de som föreskrivs i avtalet. Den enskilda rätten till föräldraledighet för arbetstagare med tillsvidareanställning begränsas inte i texten.

21. Enligt 2 § sjunde punkten skall medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter även fastställa vad som skall gälla avseende anställningsavtalet eller anställningsförhållandet under föräldraledigheten. Det står emellertid klart att även om parternas huvudsakliga skyldigheter har upphört att gälla tills vidare, gäller avtalet fortfarande då det i 2 § femte punkten stadgas att arbetstagaren vid föräldraledighetens utgång har rätt att återgå till sitt arbete eller, om detta är omöjligt, till ett likvärdigt eller likartat arbete.

22. Föräldraledigheten fastställs till minst tre månader och som längst till dess att barnet har fyllt åtta år. Det finns emellertid inte några föreskrifter avseende arbetstagarens återinträde i tjänst innan den beviljade föräldraledigheten har avslutats. På grund härav bestäms villkoren för förtida återinträde i tjänst på nationell nivå, antingen genom lagstiftning eller genom kollektivavtal.

Den version av den tyska lagen om beviljande av föräldrabidrag och föräldraledighet som är tillämplig på omständigheterna i

7 — Rådets direktiv av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS (EGT L 145, s. 4).

8 — Avtal om socialpolitik mellan Europeiska gemenskapens medlemsstater med undantag av Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, bilaga till protokoll nr 14 som fogats till fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskaperna genom fördraget om Europeiska unionen, undertecknat i Maastricht den 7 februari 1992. Texten i bestämmelserna i avtalet om socialpolitik har införlivats med artiklarna 117—120 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskaperna (nu artiklarna 136—143) genom Amsterdamfördraget, som undertecknades den 2 oktober 1997 och som trädde i kraft den 1 maj 1999.

9 — Detta direktiv ändrades och anpassades för Förenade kungariket genom rådets direktiv 97/75/EG av den 15 december 1997 (EGT L 10, 1998, s. 24). Tidsfristen för denna medlemsstat att anpassa sin nationella lagstiftning löpte ut den 15 december 1999.

målet vid den nationella domstolen medgav att arbetstagaren återinträdde i tjänst innan föräldraledigheten löpt ut. Som enda villkor för detta gällde att överenskommelse därom träffades med arbetsgivaren varför denne hade ett utrymme för skönsmässiga bedömningar.

23. I direktiv 76/207 behandlas tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillträde till arbete samt befordran, yrkesutbildning och arbetsvillkor. [10] I artikel 5 anges att principens tillämpning på arbetsvillkoren innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.

Arbetstagaren har som sådan rätt till föräldraledighet, och anställningsavtalet fortsätter att gälla under denna ledighet. De rekvisit som är tillämpliga på arbetstagarens återinträde i tjänst innan föräldraledigheten har löpt ut utgör således en del av arbetsvillkoren, och de omfattas som sådana av bestämmelserna i detta direktiv, med påföljd att de inte får vara olika beroende på arbetstagarens kön.

24. Domstolens rättspraxis avseende tolkningen av den princip om likabehandling som fastställs i direktiv 76/207, börjar bli ganska omfattande när det gäller fall där gravida arbetstagares rättigheter enligt arbetsrätten äventyras. Hittills har arbetsgivare som beaktat graviditet som ett kriterium för att inte anställa en kvinna, [11] avskeda henne [12] eller neka henne förnyelse av ett tidsbegränsat anställningsavtal [13] ansetts göra sig skyldiga till direkt diskriminering på grund av kön. Det är också diskriminerande att avskeda en gravid arbetstagare på grund av frånvaro till följd av att arbetstagaren är oförmögen att arbeta med hänsyn till sitt tillstånd. [14] Domstolen har aldrig accepterat att denna diskriminering rättfärdigas med argumentet att det företag som har anställt en gravid kvinna lider ekonomisk skada när kvinnan är mammaledig eller när hon är gravid.

Enligt tvingande rättspraxis gäller förbudet mot diskriminering på grund av kön inte bara offentliga myndigheters åtgärder, utan även samtliga kollektivavtal på arbets-

10 — I rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (EGT L 6, s. 24; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 111) har principens innehåll, räckvidd och tillämpningsmetoder på området för social trygghet preciserats.

11 — Dom av den 8 november 1990 i mål 177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555), och av den 3 februari 2000 i mål C-207/98, Mahlburg (REG 2000, s. I-549).

12 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-35), och av den 4 oktober 2001 i mål C-109/00, Tele Danmark (REG 2001, s. I-6993).

13 — Dom av den 4 oktober 2001 i mål C-438/99, Jiménez Melgar (REG 2001, s. I-6915).

14 — Dom av den 30 juni 1998 i mål C-394/96, Brown (REG 1998, s. I-4185). I denna dom företog domstolen i plenum en rättelse av sjätte avdelningens beslut av den 29 maj 1997 i mål C-400/95, Larsson (REG 1997, s. I-2757). Se förslagen till avgörande som jag föredrog i dessa två mål.

marknaden för tredje mans räkning, liksom avtal mellan enskilda.[15] Förbudet gäller även en arbetsgivares ensidiga åtgärder gentemot de anställda.[16]

25. Visserligen är det i Wiebke Buschs fall inte fråga om att få en tjänst eller att bli avskedad, utan om de villkor som gäller vid utövandet av de rättigheter och vid uppfyllandet av de skyldigheter som följer av anställningsavtalet. Som jag redan påpekat innehåller emellertid bestämmelserna i direktiv 76/207 ett förbud för arbetsgivaren att på grundval av arbetstagarens graviditet fatta beslut som åsidosätter hennes rättigheter enligt arbetsrätten. Om arbetstagarens graviditet är skälet till att arbetsgivaren nekar henne återinträde i tjänst vid företaget innan föräldraledigheten har löpt ut, föreligger således en direkt diskriminering på grund av kön i strid med artikel 5.1 i direktivet, eftersom rekvisiten för att arbetstagaren skall få återinträda i tjänst utgör en del av de arbetsvillkor som skall tillämpas lika för kvinnor och män, medan graviditeten är ett tillstånd som endast påverkar kvinnorna.

Eftersom arbetsgivaren inte får ta hänsyn till graviditeten när denne prövar om arbetstagaren kan återinträda i tjänst, då detta skulle innebära en direkt diskriminering på grund av kön, är arbetstagarens tillstånd utan betydelse för arbetsgivarens beslut, vilket medför att kvinnan inte har någon skyldighet att underrätta arbetsgivaren om sin graviditet.

26. Domstolen har även tagit ställning till fallet när en graviditet föranleder att ett anställningsavtal sägs upp med åberopande av att avtalet är en nullitet eller på grund av att avtalet kan angripas, då arbetstagaren till följd av förbudet mot nattarbete är oförmögen att utföra de uppgifter som ingår i tjänsten[17]. Domstolen har också tagit ställning till en arbetsgivares vägran att anställa en gravid kvinna med stöd av ett lagstadgat förbud för henne att inneha den tjänst för vilken hon var tilltänkt.[18] Båda förbuden tillämpades, liksom i Wiebke Buschs fall, med stöd av den tyska lagen om skydd för mödrar.

27. Som domstolen påpekade motiverades den ojämlika behandlingen i dessa två mål inte direkt av kvinnans graviditet, utan av det lagstadgade arbetsförbudet som gällde vid detta tillstånd och som hägnades av artikel 2.3 i direktiv 76/207, enligt vilken ett sådant förbud inte strider mot bestämmelserna om skydd för kvinnan, särskilt i fråga om graviditet och moderskap.

15 — Dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591), punkt 12, av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297), punkt 11, och av den 9 september 1999 i mål C-281/97, Krüger (REG 1999, s. I-5127), punkt 20.

16 — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-333/97, Lewen (REG 1999, s. I-7243), punkt 26.

17 — Dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657).

18 — Domen i det ovannämnda målet Mahlburg.

Domstolen fann således för det första att en direkt diskriminering i form av att ett avtal om tillsvidareanställning sades upp på grund av graviditet inte kan motiveras med ett lagstadgat förbud som vid graviditet tillfälligt förhindrar arbetstagaren att arbeta nattskift. Detta gäller oavsett om uppsägningen var en följd av avtalets nullitet eller angriplighet.

För det andra fann domstolen att tillämpningen av bestämmelserna om skydd för den gravida kvinnan inte får medföra att hon behandlas oförmånligt i fråga om möjligheter att få tjänsten. En arbetsgivare får därför inte vägra att anställa en gravid sökande till tjänsten eftersom ett arbetsförbud som motiveras av hennes tillstånd hindrar arbetsgivaren från att direkt ge henne en tillsvidareanställning i form av en ledig tjänst till dess att mammaledigheten påbörjas. Domstolen tillade att en sådan vägran inte kunde rättfärdigas med att arbetsgivaren lider ekonomisk skada till följd av att kvinnan som anställs inte kan inneha den ifrågavarande tjänsten under den tid som hon är gravid.

28. Wiebke Busch omfattas av ett liknande förbud på grund av att hon är gravid, även om hennes förbud är mindre ingripande än det förbud som gällde för Gabriele Habermann-Beltermann och Silke-Karin Mahlburg. Förbudet åläggs med stöd av lagen om skydd för mödrar som hägnas av artikel 2.3 i direktiv 76/207. Enligt denna bestämmelse förbehålls medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende de sociala åtgärder som de vidtar för att på det område som anges i direktivet säkerställa skyddet av kvinnor när det gäller graviditet och moderskap, liksom ersättningen för de faktiska olägenheter som kvinnor till skillnad från män får utstå i fråga om att behålla sin anställning. [19]

Domstolen har i detta avseende förklarat att utövandet av de rättigheter som kvinnor har enligt artikel 2.3 inte ger utrymme för en ofördelaktig behandling vare sig när det gäller möjligheten att bli anställd eller när det gäller anställningsvillkoren. Med detta perspektiv har domstolen också slagit fast att syftet med direktivet är att uppnå faktisk och inte endast formell jämställdhet. [20]

29. Svaranden i målet vid den nationella domstolen har hävdat att Wiebke Buschs återinträde i tjänst under de beskrivna förhållandena skulle innebära en diskriminering av övriga anställda som trots graviditet fortsätter att vara föräldralediga.

30. Det är svårt att dela denna uppfattning eftersom domstolen i sin rättspraxis har definierat diskriminering så, att olika regler

19 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkt 27.

20 — Dom av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault (REG 1998, s. I-2011), punkt 26.

tillämpas på lika situationer eller att samma regel tillämpas på olika situationer. [21]

En anställd som är gravid och som återinträder i tjänst innan föräldraledigheten har löpt ut, återgår till sin arbetssituation och har rätt att erhålla lön och moderskapsförmån från arbetsgivaren. En anställd som fortsätter att vara föräldraledig under graviditeten ingår däremot bland dem som inte är i tjänst. Om två kvinnor som befinner sig i olika situationer behandlades på samma sätt skulle likabehandlingsprincipen åsidosättas.

31. Även om det framgår av den tyska domstolens beslut, vari tolkningsfrågan ställts, att den känner till EG-domstolens praxis i fråga om likabehandling, synes domarna i målen Tele Danmark [22] och Jiménez Melgar [23] inte ha avkunnats när frågan formulerades.

32. Denna precisering är av intresse eftersom den nationella domstolen bygger sitt resonemang på några av de domar som jag precis har gått igenom. Domarna har avkunnats i mål där möjligheterna för en tillsvidareanställd gravid kvinna att bli anställd, liksom hennes avskedande, har prövats. Den nationella domstolen har i samband härmed dragit några slutsatser som i ljuset av den tolkning av likabehandlingsprincipen som domstolen gjorde i de två domarna från hösten 2001 [24] framstår som felaktiga. I domarna prövade domstolen för första gången om nämnda princip kan tillämpas på samma sätt när avtalet som sluts avser en tidsbegränsad anställning.

Arbeitsgericht Lübeck har till exempel i punkt 1 b i del II citerat två mål från EG-domstolen och därefter uppgivit att det av dess text "framgår att med undantag av avtalsslutande om tillsvidareanställning, kan arbetsgivaren inte bara fråga en sökande om hon är gravid, utan kvinnan har också en skyldighet att uppge detta även om hon inte tillfrågas uttryckligen." Arbeitsgericht Lübeck har tillagt att Wiebke var medveten om att hon skulle arbeta under sex veckor och att "hennes situation därför framställdes som om den avsåg ett påbörjande av en tidsbegränsad anställning".

Det finns mot bakgrund av EG-domstolens rättspraxis från senare tid inte längre utrymme för felaktiga bedömningar i denna fråga.

33. I domen i målet Tele Danmark gällde frågan huruvida det var diskriminerande

21 — Dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 30, av den 27 juni 1996 i mål C-107/94, Asscher (REG 1996, s. I-3089), punkt 40, av den 14 september 1999 i mål C-391/97, Gschwind (REG 1999, s. I-5451), punkt 21, och av den 3 oktober 2000 i mål C-411/98, Ferlini (REG 2000, s. I-8081), punkt 51.

22 — Nämnt ovan.

23 — Nämnt ovan.

24 — Domarna i de ovannämnda målen Tele Danmark och Jiménez Melgar.

att avskeda en arbetstagare på grund av att hon var gravid, med hänsyn till att hon hade erhållit en tidsbegränsad anställning utan att underrätta arbetsgivaren om sitt tillstånd, trots att hon kände till att hon var gravid när hon blev anställd, och med hänsyn till att hon till följd av graviditeten inte skulle kunna arbeta under en stor del av den avtalade anställningsperioden.

34. Domstolen upprepade vad som slagits fast i domen i målet Webb,[25] enligt vilken gemenskapsrättens skydd för kvinnor under deras graviditet och efter förlossningen inte kan göras beroende av att kvinnans närvaro under den tid som motsvarar mammaledigheten skulle vara oundgänglig för att verksamheten vid det företag där hon är anställd skall fungera väl. Enligt domstolen gäller detta trots att arbetstagarens tillgänglighet är ett väsentligt kriterium för arbetsgivaren vid bedömningen av om arbetstagaren fullgör sitt anställningsavtal korrekt. En motsatt tolkning skulle frånta bestämmelserna i direktiv 76/207 deras ändamålsenliga verkan.

Domstolen tillade att denna tolkning inte blir annorlunda om det anställningsavtal som sluts är tidsbegränsat. Eftersom det utgör en direkt diskriminering på grund av kön att avskeda en arbetstagare på grund av hennes graviditet, har domstolen, oberoende av arten och omfattningen av den ekonomiska skada som arbetsgivaren lider på grund av den frånvaro som graviditeten förorsakar, funnit att diskrimineringen av den avskedade arbetstagaren är densamma oavsett om det ingångna avtalet är tidsbegränsat eller gäller tills vidare. I båda fallen är arbetstagarens oförmåga att fullgöra sin del av anställningsavtalet ett resultat av att hon är gravid.

35. En av de frågor som behandlades i domen i det ovannämnda målet Melgar rörde en vägran att förnya ett tidsbegränsat anställningsavtal för en anställd arbetstagare som var gravid. Domstolen fann att även om förbudet mot uppsägning i artikel 10 i direktiv 92/85/EEG[26] är tillämpligt såväl på avtal för tidsbegränsad anställning som avtal som slutits för tillsvidareanställning, kan underlåtenheten att förnya ett avtal som löpt ut inte anses utgöra en sådan uppsägning som är förbjuden enligt nämnda bestämmelse. I den mån som underlåtenheten att förnya ett avtal om tidsbegränsad anställning motiveras av att arbetstagaren är gravid, utgör den emellertid en direkt diskriminering på grund av kön i strid med artikel 2.1 och artikel 3.1 i direktiv 76/207.

36. Det kan inte förnekas att den kvinnliga arbetstagarens oförmåga att utföra alla uppdrag som ingår i den tjänst som hon återinträdde i kan få återverkningar på företaget såväl ur ett organisatoriskt som ett ekonomiskt perspektiv. Artikel 5 i direktiv 92/85 ger dock arbetsgivaren ett visst handlingsutrymme och denne kan därför när säkerheten och hälsan riskeras,

25 — Nämnt ovan.

26 — Rådets direktiv av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

eller när graviditeten eller amningen påverkas, som ett första steg tillfälligt anpassa arbetsförhållandena eller arbetstiden. Om detta inte var möjligt skulle arbetsgivaren få vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att arbetstagaren omplacerades och fick nya arbetsuppgifter. Bara när dessa lösningar inte var möjliga att genomföra skulle arbetsgivaren kunna ge arbetstagaren lov att avstå från att arbeta under den period som är nödvändig för att skydda arbetstagaren.

37. Enligt domstolens tolkning utgör direktiv 76/207 och direktiv 92/85 hinder för en nationell lagstiftning som, i fall då en arbetsgivare inte kan sysselsätta en gravid arbetstagare som är arbetsför, medger att arbetsgivaren förbjuder arbetstagaren att arbeta och därvid inte betalar hela hennes lön, utan att först undersöka möjligheterna att ändra arbetsförhållandena eller arbetstiden eller möjligheten att ge arbetstagaren andra arbetsuppgifter. [27]

I stället för att använda sig av de åtgärder som föreskrivs i artikel 5 i direktiv 92/85 beslutade svaranden i målet vid den nationella domstolen att med omedelbar verkan friställa arbetstagaren, [28] varvid arbetsgivaren på grundval av svek och bristande väsentliga egenskaper återkallade sitt samtycke till att föräldraledigheten avslutades.

38. Som kommissionen helt riktigt har framhållit i sina skriftliga synpunkter, åligger det medlemsstaterna att ange de kostnader som skall bäras av arbetsgivaren och ange vilka kostnader som skall betalas med medel ur statsfinanserna via skatter enligt tanken om det gemensamma sociala ansvaret, ständigt med beaktande av att skyddet av en gravid kvinna inte får vara till förfång för henne som individ på arbetsmarknaden.

39. Jag vill belysa Arbeitsgericht Lübecks synpunkter i punkt 1 b i del II i beslutet genom att lägga till några överväganden som kan vara av intresse för nämnda domstol vilken, även om den inte uttryckligen har frågat om det föreligger ett åsidosättande av arbetstagarens rättigheter, ändå synes peka på denna möjlighet.

I den tyska lagstiftningen anges för det första att arbetstagaren har rätt att få återinträda i tjänst innan föräldraledigheten har löpt ut.

Även om arbetsgivaren för det andra gav sitt samtycke till att arbetstagaren återinträdde i tjänst i mars inkom ansökan därom i januari. Om överenskommelsen inte hade försenats i denna omfattning, skulle arbetstagaren således ha kunnat vara fortsatt verksam under en längre period innan hon påbörjade sin mammaledighet.

27 — Dom av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327), punkterna 58 och 59.

28 — Vid den muntliga förhandlingen underrättade svaranden emellertid domstolen om att huvuddelen av sjuksköterskepersonalen vid detta sjukhus är kvinnor och att det vid planeringen av anställningsbehovet ständigt beaktas att de kan bli gravida.

Trots att Wiebke Busch skulle ha erhållit såväl den moderskapsförmån som är högre är det föräldrabidrag som utbetalas under föräldraledigheten, som det tillägg som utbetalas av arbetsgivaren, kan det för det tredje inte på någon grund antas att samtliga gravida kvinnor har samma syfte med att begära att få återinträda i tjänst. En kvinnlig arbetstagare kan ha andra skäl för detta, till exempel att hon får möjlighet att erhålla full lön under några månader före förlossningen, att hon inte längre vårdar barnet som föräldraledigheten avser eller hennes utsikter att bli befordrad eller att få delta i ett program för yrkesutbildning.

Slutligen påverkar förbudet mot att utföra vissa arbetsuppgifter under graviditeten endast kvinnor som utför arbetsuppgifter som utsätter dem för säkerhets- eller hälsorisker, varvid arbetsgivaren tillfälligt måste omorganisera arbets- och arbetstidsvillkoren och, om detta inte är möjligt, ge arbetstagaren en annan tjänst och ytterst befria arbetstagaren från arbetsskyldighet.

40. På grundval av de skäl som angetts ovan anser jag att artikel 2.1 och 2.3 samt artikel 5.1 i direktiv 76/207 utgör hinder mot att en kvinnlig arbetstagare som med arbetsgivarens samtycke önskar avsluta sin föräldraledighet i förväg, skall anses skyldig att underrätta arbetsgivaren om att hon är gravid innan överenskommelse om återinträde i tjänst träffas, även om hon på grund av sitt tillstånd inte kan utföra alla arbetsuppgifter då detta redan från första arbetsdagen är förbjudet enligt lag.

## VII — Den andra tolkningsfrågan

41. Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida det utgör en illegal diskriminering på grund av kön i den mening som avses i direktiv 76/207 att arbetsgivaren, på grund av sin villfarelse i fråga om kvinnans graviditet, har rätt att återkalla sin uttryckliga viljeförklaring att föräldraledigheten skall upphöra.

42. Jag instämmer med kommissionen att den nationella domstolen skall tolka bestämmelserna i civillagen i ljuset av dels ordalydelsen i direktiv 76/207 och direktiv 92/85, dels ändamålet med dessa direktiv, för att få kännedom om det resultat som eftersträvas med gemenskapsbestämmelsen.

Det förefaller mig som om det, med hänsyn till att arbetsgivaren inte kan åberopa att en kvinna är gravid för att neka henne att återinträda i tjänst innan hennes föräldraledighet har löpt ut, vore oacceptabelt att arbetsgivaren efter att ha godkänt återinträdet skulle uppnå samma resultat genom att åberopa artiklarna 123 och 119 i den tyska civillagen.

43. Jag anser mot denna bakgrund att arbetsgivarens rätt att, på grund av sin villfarelse i fråga om en gravid arbetstagares tillstånd, återkalla sin viljeförklaring att denna arbetstagares föräldraledighet skall upphöra utgör en sådan direkt diskriminering på grund av kön som är förbjuden enligt direktiv 76/207.

## VIII — Förslag till avgörande

44. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att domstolen skall besvara Arbeitsgericht Lübecks frågor på följande sätt:

1) Artikel 2.1 och 2.3 samt artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör hinder mot att en kvinnlig arbetstagare som, med arbetsgivarens samtycke, önskar avsluta sin föräldraledighet i förväg skall anses skyldig att underrätta arbetsgivaren om att hon är gravid innan överenskommelse om återinträde i tjänst träffas, även om hon på grund av sitt tillstånd inte kan utföra alla arbetsuppgifter då detta redan från första dagen är förbjudet enligt lag.

2) Arbetsgivarens rätt att, på grund av sin villfarelse i fråga om en gravid arbetstagares tillstånd, återkalla sin viljeförklaring att denna arbetstagares föräldraledighet skall upphöra, utgör en sådan direkt diskriminering på grund av kön som är förbjuden enligt direktiv 76/207.