FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 10. juli 1997 *

1. Sø- og Handelsretten har i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål, som omfatter forskellige tilfælde, med henblik på at afgøre fire retssager, som verserer for den, og hvorunder det er omtvistet, hvilke rettigheder i henhold til ansættelsen der tilkommer kvindelige funktionærer under graviditet.

Før jeg besvarer dette spørgsmål, skal jeg redegøre for den relevante nationale lovgivning og for de faktiske omstændigheder i de fire hovedsager, idet jeg herved følger oplysningerne i forelæggelseskendelsen.

Den nationale lovgivning

A — *Lovbekendtgørelse nr. 516 af 23. juli 1987 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer*

2. Sagsøgernes ansættelsesforhold er omfattet af lovbekendtgørelse nr. 516 af 23. juli 1987 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (herefter »funktionærloven«), som dækker et meget betydeligt antal butiks- og kontormedarbejdere, og som — ud over andre ansættelsesretlige spørgsmål — indeholder regler om opsigelse, fratrædelsesgodtgørelser, arbejdsgiverens og funktionærens misligholdelse, sygdom, graviditet og barselsorlov.

Kvindelige funktionærers retsstilling i tilfælde af sygdom og uarbejdsdygtighed på grund af graviditet og fødsel er endvidere reguleret i lovbekendtgørelse nr. 639 af 17. juli 1992 om lige løn til mænd og kvinder, hvorved direktiv 75/117/EØF [1] (herefter »direktiv 75/117«) er blevet gennemført i dansk ret, i lov nr. 244 af 19. april 1989 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov, hvorved dansk ret blev tilpasset til direktiv 76/207/EØF [2] (herefter »direktiv 76/207«),

* Originalsprog: spansk.

1 — Rådets direktiv 75/117/EØF af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

2 — Rådets direktiv 76/207/EØF 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).

og i lov nr. 852 af 20. december 1989 om dagpenge ved sygdom eller fødsel (herefter »dagpengeloven«).

3. I funktionærloven, som, efter hvad der fremgår af forelæggelseskendelsen, er den, der fandt anvendelse på sagsøgerne, reguleres uarbejdsdygtighed, der skyldes sygdom, og følgerne heraf i lovens § 5, hvis stk. 1 har følgende indhold: »Bliver funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren, medmindre han under tjenesteforholdets beståen har pådraget sig sygdommen ved forsæt eller grov uagtsomhed, eller han ved stillingens overtagelse svigagtigt har fortiet, at han led af den pågældende sygdom.«

Begrebet sygdom omfatter enhver lidelse eller svækkelse, såvel legemlig som sjælelig, som efter et lægeligt skøn medfører, at funktionæren ikke kan udføre sit arbejde. I tilfælde af sygdom oppebærer funktionæren fuld løn, og arbejdsgiveren er berettiget til at få godtgjort de dagpenge — en social sikringsydelse — som funktionæren ellers ville have ret til.

4. Funktionærlovens § 7 indeholder bestemmelser om kvindelige funktionærers ansættelsessituation under graviditet og barselsorlov. Funktionæren er forpligtet til senest tre måneder før det forventede fødselstidspunkt at give arbejdsgiveren oplysning om, hvornår hun påregner at begynde sin barselsorlov.

§ 7, stk. 2, første punktum, bestemmer: »Arbejdsgiveren er i tilfælde af en funktionærs graviditet pligtig at betale hende halv løn i indtil 5 måneder i tiden fra arbejdsudygtighedens indtræden, dog tidligst 3 måneder før fødslen, indtil 3 måneder efter fødslen.« Det tilføjes i andet punktum: »Tilsvarende forpligtelse gælder, såfremt arbejdsgiveren, uanset at funktionæren ikke er arbejdsudygtig, ikke mener at kunne beskæftige hende.«

B — *Dagpengeloven*

5. Lønmodtagere er berettiget til dagpenge i en række tilfælde, således

— § 5: »sygedagpenge«, som udbetales, såfremt arbejdstageren er fuldt uarbejdsdygtig på grund af sygdom

— § 12, stk. 1: »barselsdagpenge«, som udbetales til en kvinde fra det tidspunkt, hvor der skønnes at være 4 uger til fødslen

— § 12, stk. 2: »førtidige barselsdagpenge«, som udbetales inden det nævnte tidspunkt,

1) hvis det efter en lægelig bedømmelse skønnes, at graviditeten har et sygeligt forløb, der ved fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens helbred eller fosteret,

2) eller hvis arbejdets særlige karakter medfører risiko for fosteret, eller graviditeten på grund af offentligt fastsatte bestemmelser forhindrer hende i at varetage sit arbejde, og arbejdsgiveren ikke har tilbudt hende anden passende beskæftigelse.

Under fravær fra arbejdet på grund af graviditet, barsel og adoption udbetales dagpenge af kommunen.

6. Den nationale ret anfører, at uarbejdsdygtighed, der skyldes graviditet og fødsel, ikke udløser samme rettigheder som uarbejdsdygtighed på grund af sygdom. I praksis kan en gravid kvindes uarbejdsdygtighed give anledning til følgende situationer:

— Såfremt uarbejdsdygtigheden ikke skyldes graviditeten, og den indtræder før påbegyndelsen af barselsorlov, er kvinden omfattet af funktionærlovens § 5 og er berettiget til fuld løn.

— Hvis uarbejdsdygtigheden skyldes graviditeten, og den indtræder inden tre måneder før fødslen, har funktionæren ikke noget lønkrav, men er berettiget til at få udbetalt dagpenge.

— Hvis uarbejdsdygtigheden indtræder på et tidspunkt, der ligger senere end tre måneder før forventet fødsel, er arbejdsgiveren i medfør af funktionærlovens § 7, stk. 2, første punktum, forpligtet til at betale hende halv løn.

Den nationale ret anfører endvidere, at funktionæren på arbejdsgiverens opfordring er

forpligtet til at dokumentere uarbejdsdygtigheden, som skal være bedømt af en læge. Det er ikke nødvendigt, at funktionæren oplyser, hvad uarbejdsdygtigheden skyldes, men hun skal oplyse, om uarbejdsdygtigheden har forbindelse med graviditeten.

Funktionærer har rettighederne efter dagpengeloven ved siden af rettighederne efter funktionærloven.

C — *Den Sociale Ankestyrelses vejledning nr. 191 af 27. oktober 1994 om syge- og barselsdagpenge*

7. Vejledning nr. 191 af 27. oktober 1994 om syge- og barselsdagpenge (herefter »vejledning nr. 191«) indeholder i kapitel 8 — nærmere bestemt i punkt 171, 172 og 175 [3] — en række nærmere bestemmelser om udbetaling af dagpenge før fire uger før det forventede fødselstidspunkt. Disse bestemmelser er således:

171. Kvinden er berettiget til førtidige barselsdagpenge, hvis det efter en lægelig bedømmelse skønnes, at graviditeten har et sygeligt forløb, der ved fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens helbred eller fosteret. Som eksempler nævnes i dette afsnit truende abort, tvillinge-trillingegraviditeter etc., som medfører øget risiko for abort eller for tidlig fødsel, svangerskabsforgiftning med forhøjet blodtryk, æggehvide i urinen og/eller vand i kroppen, særlige tilfælde med voldsomme og/eller hyppige opkastninger, som påvirker almentilstanden og medfører uarbejdsdygtighed, vaginalblødning, for tidlig løsning af moderkagen, bækkenløsning samt alvorlige psykiske lidelser i forbindelse med graviditet, herunder tilfælde af graviditetsbelastningssyndromet, der giver så kraftige udslag, at de kan henføres under begrebet sygdom.

Den nationale domstol anfører, at denne bestemmelse svarer til situation nr. 3 i det præjudicielle spørgsmål.

172. Der ydes barselsdagpenge, når kvinden er fuldt uarbejdsdygtig, hvis graviditeten væsentligt forværrer en sygdom (f.eks. ryg-, hjerte-, lunge- eller nyrelidelse), der i øvrigt ikke har forbindelse med graviditeten, eller

3 — Den nationale ret oplyser i kendelsen, at disse punkter indholdsmæssigt svarer til punkt 90, 91 og 93 i vejledning nr. 5 af 22.3.1990.

sygdommens behandling hindres af graviditeten.

Der ydes ligeledes barselsdagpenge ved fravær, der skyldes uarbejdsdygtighed på grund af abort, herunder også fremkaldt abort.

Den nationale domstol bemærker, at denne bestemmelse svarer til situation nr. 1 og situation nr. 2 i det præjudicielle spørgsmål.

Den nationale domstol bemærker, at denne bestemmelse svarer til situation nr. 4 og situation nr. 5 i det præjudicielle spørgsmål.

8. Den nationale domstol anfører, at der mellem en række af arbejdsmarkedets parter er uenighed om, hvorledes funktionærlovens bestemmelser om uarbejdsdygtighed på grund af sygdom og uarbejdsdygtighed på grund af graviditet skal fortolkes. Arbejdstagersiden gør i den forbindelse gældende, at som følge af fællesskabsbestemmelserne om ligebehandling af mænd og kvinder skal den danske funktionærlov fortolkes således, at den også hjemler kvinder fuld løn, når uarbejdsdygtigheden skyldes graviditet. Arbejdsgiverne indtager det standpunkt, at det ikke vil stride mod fællesskabsretten at fortolke den nævnte lov således, at kvinder nægtes ret til fuld løn under uarbejdsdygtighed som følge af graviditet og henvises til at oppebære dagpenge.

De faktiske omstændigheder i de ved Sø- og Handelsretten verserende sager

175. I visse situationer er der ingen ret til dagpenge, nemlig ved almindelige graviditetsgener i en normalt forløbende graviditet, som ikke medfører uarbejdsdygtighed, som f.eks. kvalme, utilpashed, opkastninger, let blodmangel, lettere blodtryksforhøjelse, og når fraværet fra arbejdet hviler på en af lægen udstedt skåneerklæring, der ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret.

9. Det forelagte præjudicielle spørgsmål er blevet stillet i forbindelse med fire retssager. Sagsøgerne i alle sagerne er kvindelige arbejdstagere, hvis ansættelsesforhold er

omfattet af funktionærloven. De led alle af gener under graviditetsforløbet, og de blev alle i henhold til lægeerklæring erklæret helt eller delvis uarbejdsdygtige inden tre måneder før det forventede fødselstidspunkt. Tre af sagsøgerne blev fritaget fra arbejde uden nogen ret til at modtage løn fra arbejdsgiveren (første, anden og fjerde sag), mens den sidste sagsøger, som var delvis uarbejdsdygtig og derfor ville have været i stand til at arbejde på nedsat tid, blev afskediget uden løn, da hendes arbejdsgiver ikke mente fortsat at kunne beskæftige hende. De lægelige diagnoser var bækkenløsning (første sag), abortus inminens med risiko for den ansattes eller fosterets helbred (anden og tredje sag) og »hyperemesis gravidarum« (fjerde sag).

10. De faktiske omstændigheder i den første sag er efter forelæggelseskendelsen følgende: Sagsøgeren, Berit Høj Pedersen, var i december 1990 blevet ansat som butiksassistent hos sagsøgte, der indgår i en landsdækkende kæde af supermarkeder. Hendes arbejde bestod hovedsagelig i disponering, opfyldning af hylder og almindeligt butiksarbejde.

I maj 1992 blev sagsøgeren gravid. Hun var uarbejdsdygtig fra den 26. juni 1992 og frem til nedkomsten, der fandt sted i februar følgende år, under diagnosen bækkenløsning. Sagsøgte anså arbejdstagerens fravær for at være graviditetsbetinget og ikke egentlig sygdom og ophørte følgelig med lønudbetalingen fra det tidspunkt, da hun fremlagde den første lægeerklæring.

Indtil der var tre måneder til forventet fødsel, oppebar sagsøgeren førtidige barselsdagpenge efter dagpengelovens § 12, stk. 2. Hun modtog endvidere frem til en måned før forventet fødsel halv løn fra arbejdsgiveren i henhold til funktionærlovens § 7. Den sidste måned før forventet fødsel modtog sagsøgeren fuld løn i henhold til den kollektive overenskomst, som hun var omfattet af.

11. I den anden sag, der er beskrevet af den nationale domstol, er sagsøgeren Bettina Andresen, som den 1. august 1991 var blevet ansat hos tandlæge Jørgen Bagner som klinikassistent. Den 25. august 1993 blev sagsøgeren, som var gravid, erklæret uarbejdsdygtig på grund af en truende abort (abortus inminens) med termin for fødsel den 24. april 1994. I de lægeerklæringer, som blev udstedt vedrørende sagsøgeren, anførtes det, at der ved fortsat erhvervsarbejde ville være risiko for sagsøgerens eller fosterets helbred. I september 1993 ophørte sagsøgte med at udbe-

tale sagsøgeren løn og henviste hende til at oppebære førtidige barselsdagpenge.

12. I den tredje sag er sagsøgeren Tina Pedersen, som den 1. september 1984 var blevet ansat hos tandlæge Jørgen Rasmussen som klinikassistentelev. Efter udstået læretid blev hun beskæftiget med et stillingsindhold omfattet af funktionærloven. I forbindelse med graviditet blev sagsøgeren den 4. februar 1994 af sin læge erklæret delvis uarbejdsdygtig på grund af truende abort (abortus inminens) med forventet nedkomst den 5. juni 1994. Sagsøgerens læge anførte, at der ved fortsat erhvervsarbejde ville være risiko for sagsøgerens og/eller fosterets helbred.

Sagsøgeren underrettede telefonisk sagsøgte om sin situation og meddelte ham, at hun ønskede at genoptage sit arbejde på nedsat tid. Sagsøgte tilkendegav, at han ikke ønskede at beskæftige hende på deltid, og at han måtte ansætte en vikar i en fuldtidsstilling, da sagsøgeren efter hans vurdering ikke kunne udføre sit arbejde på normal vis. Sagsøgte meddelte senere sagsøgeren, at han havde ansat en fuldtidsvikar i hendes stilling, og at han herefter ikke agtede at udbetale hende løn, hvorfor han henviste hende til at oppebære førtidige barselsdagpenge.

13. I den fjerde sag er sagsøgeren Pia Sørensen, som den 1. august 1989 begyndte at arbejde som lærling for sagsøgte, Hvitfeldt Guld og Sølv ApS. Efter udstået læretid blev hun ansat på ubestemt tid som ekspedient med et stillingsindhold omfattet af funktionærloven. Medio januar 1994 konstaterede sagsøgeren på grund af kraftig kvalme, at hun var gravid. Ved lægeerklæring af 25. januar 1994 blev hun erklæret uarbejdsdygtig i en periode på fire uger på grund af kraftig kvalme og opkastninger, hvortil kom et voldsomt vægttab, som førte til, at hun måtte hospitalsindlægges. Den 4. marts 1994 blev der for sagsøgeren stillet diagnosen hyperemesis gravidarum med helbredsrisiko for moderen og fosteret, og hun blev herefter erklæret uarbejdsdygtig i fireenhalv måned på grund af graviditeten. Fra og med februar måned 1994 ophørte sagsøgte med at betale hende løn.

Det forelagte præjudicielle spørgsmål

14. Sø- og Handelsretten har fundet det nødvendigt at udsætte sagerne og i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er fællesskabsretten, herunder EF-traktatens artikel 119, direktiv 75/117/EØF, 76/207/EØF samt direktiv

92/85/EØF [4] [herefter 'direktiv 92/85'] til hinder for, at en national lovgivning fritager arbejdsgiveren fra at udbetale løn til gravide medarbejdere, når

1) fraværet skyldes, at graviditeten væsentligt forværrer en sygdom, der i øvrigt ikke har forbindelse med graviditeten

2) fraværet skyldes en sygdom forårsaget af graviditeten

3) fraværet skyldes, at graviditeten har et sygeligt forløb, og at fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens helbred eller fosteret

4) fraværet skyldes almindelige graviditetsgener i en normalt forløbende graviditet, hvor der i øvrigt ikke er tale om uarbejdsdygtighed

5) fraværet sker på baggrund af et lægeligt skøn om at skåne fosteret, men hvor det lægelige skøn ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fostret

6) fraværet skyldes, at arbejdsgiveren alene på grund af graviditeten skønner ikke at kunne finde anvendelse for den gravide medarbejders arbejdskraft på trods af, at medarbejderen ikke er uarbejdsdygtig,

og der i situation nr. 1-3 og 6 af staten tilsikres den gravide medarbejder samme dagpengesats, som vil opnås under sygeorlov, mens der i situation nr. 4-5 ikke oppebæres dagpenge fra staten, og når der i øvrigt i henhold til national lovgivning for arbejdsgiveren består en pligt til at udbetale fuld løn under sygdom.«

De relevante fællesskabsbestemmelser

15. Det bestemmes i traktatens artikel 119:

»Hver medlemsstat gennemfører ... princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde.

4 — 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).

Ved 'løn' forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

...«

16. Direktiv 75/117 bestemmer i artikel 1:

»Det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder ... indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.

...«

17. Direktiv 76/207 om gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår bestemmer i 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. Direktivet er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

...«

Det bestemmes endvidere i direktivets 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.

...«

18. Direktiv 92/85 af 19. oktober 1992, som har 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, skulle være gennemført i medlemsstaternes nationale ret senest to år efter dets vedtagelse, dvs. den 19. oktober 1994.

Efter min opfattelse finder dette direktiv ikke — ratione temporis — anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagerne, eftersom arbejdstagernes krav på grundlag af ansættelsesforholdet, således som det fremgår af den nationale domstols sagsfremstilling i kendelsen, vedrører svangerskabsperioden, og de alle nedkom før den 19. oktober 1994. Det er heller ikke oplyst, om den danske lovgivning allerede var blevet ændret på dette tidspunkt.

19. Der er inden for den frist, der fastsættes herfor i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen, afgivet skriftlige indlæg af sagsøgerne og af de sagsøgte i hovedsagerne, som har udarbejdet dem i fællesskab, af den franske regering, Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen. Der blev i retsmødet givet møde af sagsøgernes og de sagsøgtes advokater og af repræsentanterne for den franske regering og Kommissionen.

20. Sagsøgerne, som behandler hver af de seks situationer, der omhandles i det præjudicielle spørgsmål, har følgende opfattelse:

— Såfremt kvindens uarbejdsdygtighed, som støttes på en lægeerklæring, skyldes, at graviditeten væsentligt forværrer en sygdom, der ikke har forbindelse med graviditeten (situation nr. 1), eller skyldes en sygdom forårsaget af graviditeten (situation nr. 2) — i hvilke situationer staten sikrer kvinden en dagpengeydelse af samme størrelse som den, hun ville modtage i tilfælde af fravær fra arbejdet på grund af sygdom — er det i strid med fællesskabsretten og især med traktatens artikel 119, at den nationale lovgivning fritager arbejdsgiveren fra at betale hende fuld løn, i betragtning af, at disse samme kvindelige arbejdstagere ville være berettiget hertil, såfremt deres uarbejdsdygtighed ikke havde forbindelse med graviditeten.

— Såfremt uarbejdsdygtigheden skyldes, at graviditeten har et sygeligt forløb, således at fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens og/eller fosterets helbred (situation nr. 3) — i hvilken situation staten også sikrer kvinden en dagpenge-

ydelse af samme størrelse som den, som hun ville modtage i tilfælde af fravær fra arbejdet på grund af sygdom — er det i strid med fællesskabsretten, at kvinder kun kan modtage denne ydelse, når andre arbejdstagere oppebærer fuld løn i tilfælde af sygdom, idet graviditet er en situation, der alene berører kvinder.

— Såfremt fraværet skyldes almindelige graviditetsgener, der forekommer under et normalt forløb, og som ikke medfører uarbejdsdygtighed (situation nr. 4), eller fraværet sker på grundlag af en af lægen udstedt skåneerklæring, men ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret (situation nr. 5) — i hvilke situationer kvinder ikke er berettiget til at oppebære dagpenge — må forholdet ligestilles med en sygdom, selv om der ikke foreligger en egentlig sygelig tilstand, og en national bestemmelse, hvorefter kvindelige funktionærer i disse situationer hverken oppebærer løn eller dagpenge, er følgelig i strid med fællesskabsretten.

— Såfremt kvindens fravær skyldes, at arbejdsgiveren alene på grund af graviditeten skønner ikke at kunne finde anvendelse for arbejdstagerens arbejdskraft på trods af, at hun ikke opfylder betingelserne for at blive sygemeldt (situation nr. 6) — i hvilken situation staten sikrer hende dagpenge på det samme beløb som det, hun ville modtage i tilfælde af fravær fra arbejdet på grund af sygdom — er det i strid med fællesskabsretten, at en national bestemmelse tvinger en arbejdsdygtig kvindelig medarbejder til at acceptere en lavere løn end den, der tilkommer hende, idet dette er en situation, som kun kvinder kan komme i.

Under retsmødet afgav advokaten for Handels- og Kontorfunktionærernes forbund i Danmark som mandatar for Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen og Tina Pedersen, som er sagsøgere i henholdsvis den første, anden og tredje sag, den oplysning til Domstolen, at sagerne var blevet forelagt Retslægerådet, det øverste organ, der tager stilling til lægelige spørgsmål, som berører enkeltpersoner, og at dette efter forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål har udtalt, at advokatens tre klienter havde været fraværende fra arbejdet på grund af et forhold, der havde forbindelse med graviditeten, og som kunne anses for en sygdom.

21. De sagsøgte har gjort gældende, at kvindelige funktionærer, der er uarbejdsdygtige som følge af graviditet, ikke kan betegnes som syge, og at deres lønkrav derfor ikke henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 119. Eftersom det kun er kvinder, der kan have krav på kompensation under graviditetsbetinget fravær, kan der ikke foretages en sammenligning med mænds lønkrav i en tilsvarende situation, og der kan derfor ikke være tale om løndiskrimination.

De har subsidiært anført, at der er en objektiv begrundelse for, at sagsøgerne ikke har ret til at oppebære fuld løn, nemlig den, at den danske lovgivning er udtryk for en berettiget og relevant fordeling af de risici og økonomiske byrder, der er forbundet med graviditet, mellem arbejdstagerne, arbejdsgiverne og samfundet; den omstændighed, at kvindelige arbejdstagere ikke har krav på fuld løn i forbindelse med graviditet, er ikke udtryk for diskrimination over for dem, men udtryk for, at graviditeten i forhold til arbejdsmarkedet er en ekstraordinær situation, som arbejdsgiveren ikke skal bære hele byrden for; det må endvidere komme i betragtning, at graviditet er en tilstand, som funktionæren sædvanligvis med forsæt pådrager sig, hvorfor det fravær, der knytter sig til denne tilstand, ikke kan sidestilles med uforskyldt sygdom.

22. Den franske regering undersøger, om den løn, som oppebæres ved uarbejdsdygtighed i forbindelse med graviditet, er løn i traktatens artikel 119, stk. 2's forstand. Såvel under hensyn til selve affattelsen af bestemmelsen som under hensyn til Domstolens praksis finder den franske regering, at spørgsmålet skal besvares bekræftende. På grundlag af den antagelse, at de dagpenge, som oppebæres af en gravid kvinde, hvis uarbejdsdygtighed har forbindelse med graviditeten, er lavere end den løn, som hun ville oppebære, såfremt uarbejdsdygtigheden skyldtes en sygdom uden forbindelse med graviditeten, konkluderer den, at den forskelsbehandling, der følger af den danske lovgivning, er i strid med ligelønsprincippet, og at der under alle omstændigheder ikke foreligger nogen objektive grunde, som berettiger en forskellig behandling til skade for gravide kvinder.

23. Det Forenede Kongerige anfører, at der må sondres mellem to situationer: I den første er kvinden fraværende fra arbejdet inden for den barselsorlovsperiode, som er fastsat i den nationale lovgivning; i den anden ligger fraværet uden for denne periode.

Såfremt fraværet finder sted inden for barselsorlovsperioden — hvorunder graviditets- og fødselsbetingede gener normalt opstår — giver hverken traktatens artikel 119 eller direktiv 75/117 og direktiv 76/207 kvinden noget krav på fuld løn fra arbejdsgiveren eller på en ydelse svarende til sygedagpenge eller nogen anden ydelse af en bestemt størrelse. Den eneste forpligtelse, som fremgår af de nævnte bestemmelser, er, at den løn eller ydelse, som en kvinde modtager i denne periode, ikke må være af en sådan størrelse, at den i praksis forhindrer hende i at udnytte retten til barselsorlov, men fastsættelsen af det konkrete beløb, som kvinden skal oppebære i denne situation, henhører under den nationale lovgivers kompetence.

Derimod skal en kvinde, som er fraværende på grund af graviditetsbetinget sygdom uden for barselsorlovsperioden, stilles som en hvilken som helst anden sygemeldt arbejdstager, det være sig mandlig eller kvindelig.

Det Forenede Kongerige konkluderer, at en national bestemmelse, som medfører, at en kvinde, som uden for barselsorlovsperioden er fraværende på grund af en graviditetsbetinget sygdom, får en lavere løn end en syg mand eller en kvinde, hvis sygdom er uden forbindelse med graviditet, er i strid med traktatens artikel 119, direktiv 75/117 og direktiv 76/207.

24. Kommissionen foreslår, at situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3 besvares under ét, hvilket den begrunder med en række forhold, nemlig at der i alle disse situationer foreligger uarbejdsdygtighed i henhold til en lægeerklæring, at uarbejdsdygtigheden skyldes en sygdom, der har forbindelse med graviditeten eller er forværret af denne, at staten sikrer kvinder, som befinder sig i en af disse situationer, en dagpengeydelse efter samme sats, som de ville opnå under sygeorlov, og at arbejdsgiveren i henhold til funktionærloven fritages for at betale fuld løn, når uarbejdsdygtigheden står i forbindelse med graviditeten.

I den forbindelse anfører Kommissionen for det første, at den løn, som arbejdsgiveren betaler til en funktionær under sygdom i medfør af funktionærlovens § 5 eller til en gravid funktionær i medfør af lovens § 7, er omfattet af begrebet løn i traktatens artikel 119, således som dette begreb er blevet fortolket i Domstolens praksis. For det andet anfører den, at situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3 er sammenlignelige med tilfælde, hvor en arbejdstager, uden at vedkommendes køn har betydning, må afbryde sit arbejde på grund af sygdom. Da det kun er kvinder, der kan være gravide, indebærer funktionærlovens § 7, stk. 2, idet den kun forpligter arbejdsgiveren til at betale halv løn i en nærmere angivet periode til kvinder, der er uarbejdsdygtige på grund af sygdom i forbindelse med graviditet, at der foreligger en direkte forskelsbehandling, der består i at anvende forskellige bestemmelser på sammenlignelige situationer, og bestemmelsen er følgelig i strid med traktatens artikel 119, selv om staten udbetaler dagpenge, når henses til, at arbejdsgiveren efter funktionærlovens § 5 er forpligtet til at betale arbejdstagerne fuld løn under sygeorlov.

For så vidt angår situation nr. 4 og 5 bemærker Kommissionen, at der ikke er tale om egentlig uarbejdsdygtighed, og at der heller ikke foreligger sygdomme, der er dokumenteret ved lægeattest, men at situationerne i et vist omfang kan ligestilles med en kvindes fravær fra arbejdet under barselsorlov. Eftersom situationen for en kvinde i disse situationer ikke kan sammenlignes med situationen for en mandlig arbejdstager, der er syg, kan den omstændighed, at kvinden ikke har krav på løn, ikke udgøre en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 119.

Vedrørende situation nr. 6 anfører Kommissionen for det første, at bestemmelsen i funktionærlovens § 7, stk. 2, hvorefter en arbejdsgiver, som ikke mener at kunne beskæftige en gravid kvinde, kan hjemsende hende, selv om hun ikke er blevet erklæret uarbejdsdygtig, hvorved arbejdsgiverens eneste forpligtelse er at betale hende halv løn i en

begrænset periode, udgør en direkte forskelsbehandling med hensyn til arbejdsvilkår, der er i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, og — for det andet — at bestemmelsen ikke kan betragtes som en bestemmelse vedrørende beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab, jf. direktivets artikel 2, stk. 3, eftersom arbejdsgiveren træffer bestemmelsen ensidigt og i egen interesse.

Endelig anfører Kommissionen vedrørende direktiv 92/85, at de sager, der behandles af den forelæggende ret, synes at ligge forud for gennemførelsen af direktivets bestemmelser i dansk ret. Den tilføjer, at funktionærlovens § 7, stk. 2, som indebærer en ret for arbejdsgiveren til at skønne over, om han fortsat kan beskæftige en gravid medarbejder, under alle omstændigheder ikke er forenelig med bestemmelserne i det nævnte direktiv.

Undersøgelse af det præjudicielle spørgsmål

25. Inden jeg påbegynder behandlingen af det præjudicielle spørgsmål, skal jeg fremhæve, at den nationale domstol, som har udsat behandlingen af de fire sager, har forelagt et spørgsmål, der omhandler seks situationer. Jeg skal i den forbindelse præcisere nogle forhold:

1) For det første har situation nr. 4 og nr. 5 ingen som helst forbindelse med de fire verserende sager, da ingen af sagsøgerne har befundet sig i en af disse situationer. Jeg foreslår af denne grund, at Domstolen undersøger, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål kan antages til besvarelse for så vidt angår disse to situationer.

2) For det andet må svaret vedrørende situation nr. 6, som svarer til de faktiske omstændigheder i den tredje sag, gives under hensyn til princippet om ligebehandling for så vidt angår adgang til beskæftigelse samt arbejdsvilkår, som fastslået ved direktiv 76/207, for efter min mening er afslaget på at betale løn simpelt hen følgen af hjemsendelsen.

3) For det tredje ses det, når man sammenligner de faktiske omstændigheder, som foreligger i de tre resterende sager, med situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3, at de diagnoser, der blev stillet vedrørende sagsøgerne, passer med situation nr. 2 og nr. 3, men ikke med situation nr. 1. Alligevel mener jeg ligesom Kommissionen, at disse tre situationer kan og skal besvares under ét under hensyn til ligelønsprincippet som fastslået i traktatens artikel 119 og præciseret ved direktiv 75/117, efter at de er grupperet på grundlag af de

træk, de har til fælles, nemlig at kvindens fravær er berettiget på grund af uarbejdsdygtighed, der er dokumenteret ved en lægeerklæring, at uarbejdsdygtigheden er betinget af graviditeten, at arbejdsgiveren af den grund er berettiget til at indstille betalingen af lønnen, og at arbejdsgiveren, hvis uarbejdsdygtigheden skyldtes en sygdom, der er uden forbindelse med graviditeten, ville være forpligtet til at betale fuld løn.

Jeg skal følgelig i den nævnte rækkefølge behandle spørgsmålet, om det præjudicielle spørgsmål kan antages til besvarelse, for så vidt det vedrører situation nr. 4 og nr. 5, derefter behandle besvarelsen vedrørende situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3 og endelig besvarelsen vedrørende situation nr. 6.

A — *Spørgsmålet om det præjudicielle spørgsmål kan antages til besvarelse, for så vidt som det vedrører situation nr. 4 og nr. 5*

26. Disse to situationer vedrører dels en kvindes fravær fra arbejdet som følge af almindelige graviditetsgener, der ledsager en normalt forløbende graviditet, og som ikke giver anledning til uarbejdsdygtighed, dels fravær, der sker på baggrund af en lægelig skåneerklæring, som ikke er begrundet i egentlige sygelige forhold eller særlige risici for fosteret. I begge situationer er arbejdstageren fritaget for forpligtelsen til at betale løn, og de kvindelige funktionærer er ikke berettiget til at modtage dagpenge fra staten.

27. Det fremgår imidlertid af forelæggelseskendelsen, at ingen af sagsøgerne i de fire sager havde en normalt forløbende graviditet, og at der for dem alle blev udstedt en lægeerklæring, hvori de blev erklæret helt eller delvis uarbejdsdygtige. Ingen af dem kan derfor befinde sig i en af de her omhandlede situationer.

Der er tale om teoretiske situationer, som den nationale domstol har forelagt for at dække alle de muligheder, der omtales i vejledning nr. 191, men som ikke har nogen forbindelse med de fire sager, som den beskriver i kendelsen. Faktisk anfører den nationale domstol, at situation nr. 4 og nr. 5 i det forelagte spørgsmål svarer til bestemmelsen i punkt 175 i den nævnte vejledning, der netop omfatter disse to situationer.

28. Der foreligger en helt fast retspraksis vedrørende den rolle, der er tillagt henholdsvis de nationale retter og Domstolen inden for rammerne af den samarbejdsprocedure, der foreskrives i traktatens artikel 177. Ifølge denne retspraksis er den nationale ret, som alene har direkte kendskab til sagens omstændigheder, bedst i stand til på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er

nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger for Domstolen [5], mens denne med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale ret forelægger det præjudicielle spørgsmål. Den samarbejdsånd, der må beherske udførelsen af de opgaver, som den præjudicielle forelæggelse pålægger, indebærer ligeledes, at den nationale ret skal tage hensyn til den særlige opgave, som Domstolen varetager, og som består i at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne, men ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål [6].

29. På baggrund af denne opgave har Domstolen fastslået, at den ikke kan besvare et præjudicielt spørgsmål, der er forelagt af en national domstol, når den ønskede fortolkning eller prøvelse af en fællesskabsbestemmelses gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [7], eller når den er blevet anmodet om at afgøre et spørgsmål af hypotetisk karakter uden at råde over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige, for at den kan give et brugbart svar [8].

Domstolen har herved tilføjet, at det er ubetinget nødvendigt, at de nationale retsinstanser angiver grundene til, at de finder, at en besvarelse af deres spørgsmål er nødvendig for tvistens løsning, således at Domstolen kan undersøge, om den ønskede fortolkning af fællesskabsretten står i forbindelse med hovedsagens realitet og genstand. Såfremt det viser sig, at det forelagte spørgsmål klart ikke er relevant for tvistens afgørelse, må Domstolen fastslå, at den ikke kan træffe afgørelse [9].

30. Under hensyn til denne retspraksis, og eftersom ingen af sagsøgerne i de sager, der verserer for den nationale ret, har befundet sig i situationer, der svarer til situation nr. 4 og nr. 5 i det præjudicielle spørgsmål — således havde ingen en normalt forløbende graviditet, og de var alle blevet erklæret helt eller delvis uarbejdsdygtige på grundlag af en lægeattest — mener jeg, at et svar fra Domstolen, hvorved den fortolker de anvendelige fællesskabsbestemmelser i disse to situationer, ikke er relevant for den nationale ret med henblik på afgørelsen af de sager, der verserer for den. Jeg foreslår af denne grund Domstolen at afvise det præjudicielle spørgsmål, for så vidt som det vedrører situation nr. 4 og nr. 5.

B — *Situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3 i det præjudicielle spørgsmål*

31. Situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3 vedrører bestemmelsen i den danske funktionærlovs § 7, stk. 2, første punktum, hvorefter den

5 — Dom af 29.11.1978, sag 83/78, Pigs Marketing Board, Sml. s. 2347, præmis 25, af 28.11.1991, sag C-186/90, Durighello, Sml. I, s. 5773, præmis 8, og af 16.7.1992, sag C-343/90, Lourenço Dias, Sml. I, s. 4673, præmis 15.

6 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18 og 20, af 3.2.1983, sag 149/82, Robards, Sml. s. 171, præmis 19, og Lourenço Dias-dommen, nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 17.

7 — Dom af 16.6.1981, sag 126/80, Salonia, Sml. s. 1563, præmis 6, Durighello-dommen nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 9, dom af 28.3.1996, sag C-129/94, Ruiz Bernáldez, Sml. I, s. 1829, præmis 7, og af 12.12.1996, sag C-104/95, Kontogeorgas, Sml. I, s. 6643, præmis 11.

8 — Dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 32 og 33.

9 — Lourenço Dias-dommen, nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 19 og 20.

lønmæssige stilling er dårligere ved uarbejdsdygtighed — som er lægeligt dokumenteret — når denne har forbindelse med graviditeten. Det var med hjemmel i denne bestemmelse, at arbejdsgiverne for sagsøgerne Berit Høj Pedersen (første sag), Bettina Andresen (anden sag), og Pia Sørensen (fjerde sag) — som under deres graviditet henholdsvis fik stillet diagnosen bækkenløsning, abortus inminens og hyperemesis gravidarum, og som måtte holde op med at arbejde — kunne indstille deres lønbetaling og henvise dem til at oppebære førtidige barselsdagpenge.

32. Det fremgår af formuleringen af det præjudicielle spørgsmål og af dets begrundelse, at den nationale domstol i forbindelse med disse tre situationer ønsker fastslået, om traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren, når en gravid kvindes uarbejdsdygtighed, som støttes på en lægeerklæring, har forbindelse med graviditeten, alene er forpligtet til at betale hende halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før til tre måneder efter fødslen, når henses til, at arbejdsgiveren, når der er tale om uarbejdsdygtighed uden forbindelse med graviditeten, skal betale sine ansatte fuld løn.

33. Det er nødvendigt at gøre en indledende bemærkning vedrørende den fællesskabslovgivning, der ønskes fortolket. Forelæggelseskendelsen henviser såvel til traktatens artikel 119 som til direktiv 75/117. Domstolen har imidlertid fastslået, at direktiv 75/117, hvis formål er at fastlægge de nødvendige betingelser for gennemførelsen af princippet om lige løn til mænd og kvinder, ikke på nogen måde ændrer dette princips indhold eller rækkevidde, som fastlagt i traktatens artikel 119 [10].

Enhver konklusion, som man måtte nå til vedrørende anvendelsen af ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 på de forelagte situationer, vil følgelig også have gyldighed for direktiv 75/117.

34. Princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde, der fremgår af traktatens artikel 119, hører uden diskussion til Fællesskabets grundlag [11]. Denne artikel indeholder en vid definition af, hvad der skal forstås ved løn, idet der herved skal forstås »... den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier«. Denne

10 — Dom af 11.3.1981, sag 69/80, Worringham og Humphreys, Sml. s. 767, præmis 21, af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 22, af 3.12.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 20, og af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 11.

11 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 12.

definition er blevet suppleret ved Domstolens praksis, som allerede i 1971 henførte »aktuelle eller fremtidige« ydelser [12] under dette begreb, og som i 1990 tilføjede, at ydelser, som en arbejdsgiver udbetaler til en arbejdstager på grund af arbejdsforholdet, er omfattet af begrebet løn, »... uanset om ydelserne betales i henhold til en arbejdskontrakt, i henhold til lovbestemmelser eller på frivilligt grundlag« [13].

Domstolen har herefter — som eksempler og uden at ville give en udtømmende opregning — antaget, at begrebet løn omfatter befordringsgoder, som en jernbanevirksomhed ydede mandlige ansatte, efter at de var gået på pension, og at de pågældendes familiemedlemmer også havde ret til goderne [14], ydelser, der udbetales til en arbejdstager i forbindelse med dennes afskedigelse, såvel som pensioner, der udbetales i henhold til private erhvervstilknyttede pensionsordninger [15], en godtgørelse, som en arbejdsgiver tildeler bedriftsrådsmedlemmer i form af tjenestefrihed med løn eller overtidsbetaling på grund af deltagelse i kurser, der formidler kundskaber, der er nødvendige for bedriftsrådenes arbejde, selv om de pågældende i kursustiden ikke udøver aktiviteter som nævnt i ansættelseskontrakten [16]; retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning [17], løn, som arbejdsgiveren fortsat udbetaler arbejdstageren i tilfælde af sygdom [18], og en ydelse, som arbejdsgiveren i henhold til lovbestemmelser eller som følge af kollektive overenskomster udbetaler til en kvindelig arbejdstager under hendes barselsorlov [19].

35. Forbuddet mod forskelsbehandling af mænd og kvinder i artikel 119 er til hinder for en bestemmelse, hvorefter der kan udbetales forskellig løn til mandlige og kvindelige arbejdstagere, når de udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi [20]. Domstolen har fastslået, at traktatens artikel 119, stk. 1, finder direkte anvendelse — uden at der fra Fællesskabets eller medlemsstaternes side skal træffes gennemførelsesforanstaltninger — på alle former for direkte og åben forskelsbehandling, som kan konstateres ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier samme arbejde og lige løn [21].

36. Efter Domstolens dom i Rinner-Kühn-sagen [22] kan der ikke være tvivl om, at

12 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, præmis 6, org. ref.: Rec. s. 445.

13 — Barber-dommen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 20.

14 — Dom af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359, præmis 9.

15 — Barber-dommen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 20 og 30.

16 — Dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötel, Sml. I, s. 3589, præmis 14 og 15, og af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, præmis 23.

17 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 22, og domme af 28.9.1994, sag C-57/93, Vroege, Sml. I, s. 4541, præmis 15, og sag C-128/93, Fisscher, Sml. I, s. 4583, præmis 12.

18 — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 7.

19 — Dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie, Sml. I, s. 475, præmis 14.

20 — Gillespie-dommen, præmis 15.

21 — Defrenne-dommen, nævnt i fodnote 11 ovenfor, præmis 18, dom af 27.3.1980, sag 129/79, Macarthys, Sml. s. 1275, præmis 10, Worringham og Humphreys-dommen, præmis 23, og Jenkins-dommen, præmis 17, begge nævnt ovenfor i fodnote 10.

22 — Nævnt i fodnote 18 ovenfor. Sagen drejede sig om den tyske lov om fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom, hvorefter arbejdstageren skal udbetale den arbejdstagers løn, som efter sin ansættelse er forhindret i at udføre sit arbejde som følge af uarbejdsdygtighed og uden egen skyld, så længe uarbejdsdygtigheden varer, indtil en periode på seks uger, hvorved sygeforsikringskasserne godtgør arbejdsgiveren en del af lønnen, hvis virksomheden ikke beskæftiger mere end tyve personer.

arbejdsgiverens fortsatte lønudbetaling i den periode, hvor arbejdstageren er fraværende på grund af sygdom, er omfattet af begrebet løn i traktatens artikel 119. Det skal herefter undersøges, om arbejdsgiverens fortsatte udbetaling af løn til en gravid kvinde, hvis uarbejdsdygtighed skyldes graviditet, også er omfattet af det nævnte begreb.

37. I henhold til den omtvistede danske bestemmelse er arbejdsgiverens lønforpligtelse i denne situation begrænset til betaling af halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen. Hvis vi atter tager definitionen af løn i artikel 119, fremgår det, at der er tale om en del af lønnen, som arbejdsgiveren udbetaler direkte til arbejdstageren på grund af arbejdsforholdet med hjemmel i en lovbestemmelse. Jeg er følgelig af den opfattelse, at den fortsatte udbetaling af lønnen i dette tilfælde også er omfattet af det omhandlede lønbegreb.

Det spørgsmål, som herefter skal besvares, går således ud på at fastslå, om en gravid kvinde, hvis uarbejdsdygtighed skyldes graviditeten, er berettiget til den samme behandling i lønmæssig henseende som en mand, der er uarbejdsdygtig på grund af sygdom.

38. Domstolen har allerede ved flere lejligheder taget stilling til anvendelsen af princippet om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere, når der er spørgsmål om en gravid kvindes rettigheder på arbejdsmarkedet. Indtil nu har alle sagerne imidlertid vedrørt retten til adgang til beskæftigelse eller til samme arbejdsvilkår, således som omhandlet i direktiv 76/207 [23].

39. I Gillespie-dommen [24] fortolkede Domstolen derimod anvendelsen af ligelønsprincippet på en ydelse, der udbetaltes til kvinder under barselsorlov. Den udtalte i dommen, at »... de kvinder, som har barselsorlov i henhold til den nationale lovgivning, [befinder] sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, en mand eller en kvinde, som arbejder normalt, befinder sig i«, og at eftersom direktiv 92/85 efter bestemmelserne om dets tidsmæssige anvendelse ikke omfattede de faktiske omstændigheder i hovedsagen, »... [indebar] hverken EØF-traktatens artikel 119 eller artikel 1 i direktiv 75/117 ... en forpligtelse til fortsat at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov« [25].

40. På grundlag af denne fortolkning er det klart, at sagsøgerne under deres barselsorlov ikke kunne påberåbe sig traktatens artikel 119 eller direktiv 75/117 til støtte for et krav om fuld løn, eftersom den særlige situation, de befandt sig i, ikke kunne sammenlignes

23 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, og af 29.5.1997, sag C-400/95, Larsson, Sml. I, s. 2719.

24 — Nævnt i fodnote 19 ovenfor.

25 — A.st., præmis 17, 19 og 20.

med den situation, en mand, som arbejdede normalt, befandt sig i.

41. Det problem, der herefter foreligger, er, om en gravid kvindes graviditetsbetingede uarbejdsdygtighed skal ligestilles med en »fremrykket« barselsorlov, i hvilket tilfælde hun heller ikke ville kunne påberåbe sig de nævnte bestemmelser til støtte for et krav om fuld løn.

Efter min opfattelse må svaret være benægtende og dette af en række grunde: For det første, fordi længden af barselsorlovsperioden fastsættes på forhånd og er uafhængig af, hvor lang tid den enkelte kvinde behøver for at komme over virkningerne af fødslen, hvorimod varigheden af den gravide kvindes graviditetsbetingede uarbejdsdygtighed alene vil afhænge af, hvor længe det skønnes at vare, indtil hun er rask; for det andet, fordi det ikke er en betingelse for at gå på barselsorlov, at kvinden er syg, hvorimod det for en gravid kvinde er conditio sine qua non, at der foreligger et alvorligt helbredsproblem, for at hun kan få udstedt en lægeattest for uarbejdsdygtighed; og endelig fordi en kvinde under barselsorlov ikke alene er fritaget for at arbejde, men også for enhver anden forpligtelse i henhold til hendes arbejdskontrakt, hvorimod en gravid kvinde, som er erklæret uarbejdsdygtig, uanset hvad årsagen hertil er, er forpligtet til at medvirke til sin helbredelse ved at underkaste sig den af lægen foreskrevne behandling med henblik herpå.

42. Under svangerskabet og før barselsorlovsperioden begynder, må man imidlertid stille følgende spørgsmål: Hvori består forskellen mellem en kvindes uarbejdsdygtighed, der skyldes hendes graviditet, og uarbejdsdygtigheden hos en mand, der lider af en sygdom?

Når jeg sammenligner de to situationer, må jeg indrømme, at jeg for så vidt angår deres ansættelsessituation ikke kan se nogen forskel mellem en gravid kvindes graviditetsbetingede uarbejdsdygtighed og en syg mands uarbejdsdygtighed. De lider jo begge af en sygdom, som er attesteret ved en lægeerklæring; de er begge midlertidigt ude af stand til at varetage deres arbejde af denne grund, og mens de er uarbejdsdygtige, er der en rimelig forventning om, at såvel kvinden, hvis helbred er berørt af graviditeten, som manden, der er syg, kommer sig og genoptager arbejdet, idet uarbejdsdygtighed normalt ender med, at arbejdstageren raskmeldes efter helbredelse.

43. Konklusionen er, at med hensyn til de rettigheder og forpligtelser, hun har som ansat, befinder en gravid kvinde, der er uarbejdsdygtig på grund af graviditeten — hvilket er attesteret ved en lægeerklæring — sig i en situation, der er meget forskellig fra

situationen for en kvinde, der er på barselsorlov, og i det væsentlige i den samme situation som en mand, der er uarbejdsdygtig på grund af sygdom.

44. Den omtvistede nationale bestemmelse medfører imidlertid en forskelsbehandling med hensyn til løn på grundlag af sygdommens oprindelse, og i praksis har en gravid, uarbejdsdygtig kvinde ret til en løn, der er lavere eller den samme, som en syg mand er berettiget til, såfremt hendes sygdom har, henholdsvis ikke har forbindelse med graviditeten. Eftersom der er tale om et sondringskriterium, der tager hensyn til en omstændighed, som pr. definition kun kvinder kan være i, foreligger der en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, som er i strid med traktatens artikel 119, og som dermed ikke kan begrundes på nogen måde.

45. Af de anførte grunde foreslår jeg, at det præjudicielle spørgsmål for så vidt angår situation nr. 1, nr. 2 og nr. 3 besvares således, at ligelønsprincippet, som fastslås i traktatens artikel 119 og præciseres i artikel 1 i direktiv 75/117, er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren, når en gravid kvindes uarbejdsdygtighed, som er attesteret ved en lægeerklæring, har forbindelse med graviditeten, kun er forpligtet til at betale hende halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen, når henses til, at såfremt der er tale om uarbejdsdygtighed uden forbindelse med graviditet, skal arbejdsgiveren betale sine ansatte fuld løn.

C — *Situation nr. 6 i det præjudicielle spørgsmål*

46. I forbindelse med denne situation ønsker den nationale domstol, efter hvad jeg forstår, fastslået, om princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, som er fastslået ved direktiv 76/207, er til hinder for en national bestemmelse svarende til funktionærlovens § 7, stk. 2, andet punktum, hvorefter arbejdsgiveren i tilfælde af en funktionærs graviditet er pligtig at betale hende halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen, såfremt arbejdsgiveren, uanset at funktionæren ikke er uarbejdsdygtig, ikke mener at kunne beskæftige hende.

Sagsøgeren i den tredje sag, Tina Pedersen, som fra den 1. september 1984 arbejdede for tandlæge Jørgen Rasmussen, og som den 4. februar 1994 i henhold til lægeerklæring var blevet erklæret delvis uarbejdsdygtig på grund af truende abort (abortus inminens), og hvis nedkomst forventedes den 5. juni, blev med hjemmel i denne bestemmelse afskediget, idet arbejdsgiveren ikke imødekom hendes ønske om at arbejde på nedsat tid.

Som jeg allerede har anført i punkt 25, andet afsnit, mener jeg, at denne situation — selv om der heri også ligger et afslag fra arbejdsgiveren på at betale løn til den kvindelige arbejdstager — ikke kan løses ved anvendelse af ligelønsprincippet, men at den må undersøges i lyset af bestemmelserne i direktiv 76/207, da afslaget på at betale løn blot er en følge af hjemsendelsen.

47. Den forelæggende ret oplyser i forelæggelseskendelsen, at det efter bestemmelserne i funktionærloven helt er overladt til arbejdsgiverens skøn, om han fortsat kan beskæftige en gravid funktionær. Retten anfører, at de grunde, der ligger bag bestemmelsen, antagelig er, at arbejdsgiveren under hensyn til stillingens art kan stille krav til funktionærens arbejdsevne, der kan begrunde, at funktionæren ophører med at arbejde på et tidspunkt, der ligger indtil tre måneder før fødslen, og at arbejdsgiveren må kunne begrunde, at en hjemsendelse af funktionæren er nødvendig, men at det er uvist, hvor store krav der kan stilles til begrundelsen.

48. Ligebehandlingsprincippet som fastslået ved direktiv 76/207 er i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Det er denne bestemmelse, som giver hjemmel for beskyttelsesforanstaltninger, der vedtages af medlemsstaterne, som f.eks. at kun kvinder tildeles barselsorlov.

Domstolen har i så henseende fastslået, at idet artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab, anerkender bestemmelsen, at det for det første er berettiget at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, og at det for det andet er berettiget at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen [26].

Heraf følger, at det er en betingelse for, at de pågældende foranstaltninger er omfattet af den nævnte undtagelse, at de direkte tilsigter at beskytte en kvinde, der befinder sig i en af disse situationer.

49. Den omtvistede danske bestemmelse, hvorefter det er overladt til arbejdsgiverens skøn, om han fortsat kan beskæftige en gravid funktionær, udelukkende fordi hun er gravid — det kræves nemlig ikke, at hun er blevet erklæret uarbejdsdygtig — kan ikke være omfattet af undtagelsen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, fordi bestemmelsen i stedet for at beskytte den gravide kvinde hjemler mulighed for, at hun midlertidigt står uden arbejde alene som følge af arbejdsgiverens beslutning.

26 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25.

Bestemmelsen skal herefter undersøges i lyset af direktivets andre bestemmelser, som foreskriver streng ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere, og konkret i lyset af artikel 5, stk. 1, hvorefter 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.

50. Efter Domstolens faste praksis »[kan] forskelsbehandling ... kun bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer« [27]. Domstolen har allerede fastslået, at såvel afslag på at ansætte en gravid kvinde [28] som afskedigelse af en kvindelig arbejdstager på grund af hendes graviditet [29] udgør direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

51. Den omtvistede danske bestemmelse giver arbejdsgiveren mulighed for midlertidigt at afvise en gravid kvindes arbejdsydelser, selv om hun ikke er uarbejdsdygtig, hvis han ikke mener at kunne beskæftige hende. En sådan mulighed har han imidlertid ikke i forhold til en mandlig arbejdstager, der ikke er blevet erklæret uarbejdsdygtig, og eftersom de begge er i stand til og villige til at arbejde, er kvinderne de eneste, hvis arbejdsydelser kan afvises, mens de er gravide.

En national bestemmelse af dette indhold, der indfører en forskel i behandlingen af mandlige og kvindelige arbejdstagere, som ikke er fraværende fra arbejdet af lægelige grunde, og som følgelig er i stand til at arbejde, indebærer en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, der er i strid med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, idet der som kriterium henvises til en situation, som kun kvinder kan befinde sig i.

52. Af de ovenfor anførte grunde mener jeg, at det præjudicielle spørgsmål for så vidt angår situation nr. 6 skal besvares således, at princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, som fastslås i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter det, når en funktionær er gravid, men ikke er erklæret uarbejdsdygtig, er overladt til arbejdsgiverens skøn, om han mener fortsat at kunne beskæftige hende, hvorved hans eneste forpligtelse er at betale hende halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen.

27 — Dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30.

28 — Dekker-dommen, nævnt i fodnote 23 ovenfor.

29 — Habermann-Beltermann-dommen og Webb-dommen, begge nævnt i fodnote 23 ovenfor.

Forslag til afgørelse

Under hensyn til de anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Det af Sø- og Handelsretten forelagte præjudicielle spørgsmål afvises, for så vidt det vedrører situation nr. 4 og nr. 5.

2) For så vidt angår situation nr. 1, nr. 2, nr. 3 og nr. 6 besvares det præjudicielle spørgsmål som følger:

a) Ligelønsprincippet, som fastslået i EF-traktatens artikel 119 og præciseret i artikel 1 i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren, når en gravid kvindes uarbejdsdygtighed, som er attesteret ved en lægeerklæring, har forbindelse med graviditeten, kun er forpligtet til at betale hende halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen, når henses til, at såfremt der er tale om uarbejdsdygtighed uden forbindelse med graviditet, skal arbejdsgiveren betale sine ansatte fuld løn.

b) 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 national bestemmelse, hvorefter det, når en funktionær er gravid, men ikke er erklæret uarbejdsdygtig, er overladt til arbejdsgiverens skøn, om han mener fortsat at kunne beskæftige hende, hvorved hans eneste forpligtelse er at betale hende halv løn i indtil fem måneder i perioden fra tre måneder før fødslen til tre måneder efter fødslen.«