# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÀMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 10 juli 1997 *

1. Sø- og Handelsretten i Danmark har i en begäran om förhandsavgörande, enligt artikel 177 i EG-fördraget, till domstolen ställt en tolkningsfråga som består av flera fall, i syfte att avgöra fyra mål som pågår vid den nationella domstolen och som rör de rättigheter i arbetet som kvinnliga anställda har under graviditeten.

Innan jag besvarar denna fråga skall jag redogöra för de relevanta nationella bestämmelserna och de faktiska omständigheterna i de fyra målen vid den nationella domstolen, såsom de följer av uppgifterna i beslutet om hänskjutande.

## De nationella bestämmelserna

A — Lag nr 516 av den 23 juli 1987 om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare

2. Sökandenas anställningsförhållande omfattas av lag nr 516 av den 23 juli 1987 om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare (nedan kallad lagen om arbetstagare) som täcker ett stort antal handels- och kontorsanställda och som bland annat reglerar arbetsrättsliga frågor såsom uppsägning, ersättning vid uppsägning, bristande uppfyllelse av arbetsgivares och anställdas skyldigheter, sjukdom, graviditet och barnledighet.

Rättsförhållandet för kvinnliga anställda vid sjukdom och arbetsoförmåga på grund av graviditet och barns födelse regleras även i lag nr 639 av den 17 juli 1992 om lika lön till kvinnor och män, genom vilken direktiv 75/117/EEG [1] (nedan kallat direktiv 75/117) införlivades med dansk rätt, lag nr 244 av den 19 april 1989 om likabehandling av kvinnor och män i fråga om arbete och barnledighet, genom vilken direktiv 76/207/EEG [2] (nedan kallat direktiv 76/207) införlivades med dansk rätt, och i lag nr 852 av den

1 — Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78).

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

* Originalspråk: spanska.

20 december 1989 om dagpenning vid sjukdom eller barns födelse (nedan kallad lagen om dagpenning).

3. I lagen om arbetstagare, som enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande är den lag som tillämpades på sökandena, regleras arbetsoförmåga på grund av sjukdom och dess följder i 5 § första stycket där följande föreskrivs: "Om den anställde på grund av sjukdom blir arbetsoförmögen, anses den försummelse av hans uppgifter som följer av denna arbetsoförmåga som laga förfall, såvida han inte under anställningsförhållandet har ådragit sig sjukdomen avsiktligen eller genom grov oaktsamhet, eller vid tillträdet av anställningen svekfullt har förtigit att han led av sjukdomen i fråga."

Begreppet sjukdom omfattar varje sjukdom eller åkomma, såväl fysisk som psykisk, som enligt en läkares bedömning medför att den anställde inte kan utföra sitt arbete. Vid sjukdomsfall erhåller den anställde full lön, och arbetsgivaren har rätt att få tillbaka ett belopp som motsvarar dagpenningen, som är den sociala trygghetsförmån som den anställde skulle ha haft rätt till.

4. I 7 § i lagen om arbetstagare regleras anställningssituationen för de kvinnliga anställda då de är gravida eller barnlediga. Den anställda är skyldig att senast tre månader före den beräknade tidpunkten för barnets födelse underrätta arbetsgivaren om när hon avser att påbörja sin barnledighet.

I 7 § andra stycket första meningen fastställs att "[a]rbetsgivaren är skyldig att, vid en anställds graviditet, betala henne halv lön under högst fem månader från den tid då hon blev arbetsoförmögen, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln." I den andra meningen görs följande tillägg: "Motsvarande skyldighet gäller om arbetsgivaren inte anser sig kunna ge den anställda arbete, även om hon inte är arbetsoförmögen."

B — Lagen om dagpenning

5. Löntagarna har rätt till dagpenning i olika fall, nämligen

— 5 §: "dagpenning vid sjukdom", som utbetalas om arbetstagaren är totalt arbetsoförmögen på grund av sjukdom;

— 12 § första stycket: "dagpenning vid barnledighet", som utbetalas till en kvinna från den tidpunkt då det beräknas vara fyra veckor till barnets födelse;

— 12 § andra stycket: "förtidsdagpenning vid barnledighet", som utbetalas före nämnda tidpunkt

1) om det enligt en medicinsk bedömning anses att graviditeten har ett sjukdomsförlopp som, vid fortsatt arbete, medför en risk för moderns eller fostrets hälsa, eller

2) om arbetets särskilda karaktär medför en risk för fostret eller när gällande bestämmelser hindrar henne från att utföra sitt arbete, och arbetsgivaren inte har erbjudit henne något annat lämpligt arbete.

Under frånvaro från arbetet på grund av graviditet, barns födelse och adoption utbetalas dagpenning av kommunen.

6. Den nationella domstolen har förklarat att arbetsoförmåga som beror på graviditet eller barns födelse inte medför samma rätt till lön som arbetsoförmåga på grund av sjukdom. I praktiken kan en gravid kvinnas arbetsoförmåga ge upphov till följande situationer:

— Om arbetsoförmågan inte har orsakats av graviditeten och inträder innan barnledigheten påbörjas, skall 5 § i lagen om arbetstagare tillämpas, varvid kvinnan har rätt till full lön.

— Om arbetsoförmågan har orsakats av graviditeten och inträder före de tre månader som föregår barnets födelse, har den anställda inte rätt till någon lön, även om hon har rätt till dagpenning.

— Om arbetsoförmågan inträder inom de tre månader som föregår den beräknade tidpunkten för barnets födelse, är arbetsgivaren skyldig att betala henne halv lön, enligt 7 § andra stycket första meningen i lagen om arbetstagare.

Den nationella domstolen har tillagt att den anställda, på arbetsgivarens anmodan, är

skyldig att bevisa sin arbetsoförmåga som skall ha fastställts av en läkare. Det är inte nödvändigt att den anställda anger orsakerna till sin arbetsoförmåga, men hon skall ange om arbetsoförmågan har samband med graviditeten.

De anställdas rättigheter enligt lagen om dagpenning gäller vid sidan om rättigheterna enligt lagen om arbetstagare.

C — Sociale Ankestyrelses allmänna råd [vejledning] nr 191 av den 27 oktober 1994 om dagpenning vid sjukdom och barns födelse

7. Allmänna råd nr 191 av den 27 oktober 1994 om dagpenning vid sjukdom och barns födelse (nedan kallade allmänna råd nr 191) innehåller i kapitel 8, närmare bestämt punkterna 171, 172 och 175 [3], en rad närmare bestämmelser om utbetalning av dagpenning före de fyra veckor som föregår den beräknade tidpunkten för barnets födelse. I dessa bestämmelser föreskrivs, såvitt är av intresse i detta mål, följande:

"171. Kvinnan har rätt till förtidsdagpenning vid barnledighet, om det i enlighet med en läkares bedömning anses att graviditeten har ett sjukdomsförlopp som vid fortsatt arbete kan medföra en risk för kvinnans eller fostrets hälsa. Som exempel anges i detta avsnitt risk för missfall, tvilling- eller trillingfödsel och så vidare, som medför ökad risk för missfall eller förtidsbörd, havandeskapsförgiftning med förhöjt blodtryck, äggvita i urinen och/eller vatten i kroppen, särskilda fall av våldsamma och/eller ofta förekommande uppkastningar, som påverkar allmäntillståndet och medför arbetsoförmåga, vaginalblödning, för tidigt lösgörande av moderkakan, bäckenbensuppluckring samt svårt psykiskt lidande i samband med graviditet, såsom fall av graviditetsdepression, med så svåra symtom att de kan hänföras till begreppet sjukdom."

Den nationella domstolen har förklarat att denna bestämmelse motsvaras av det tredje fallet i tolkningsfrågan.

"172. Förtidsdagpenning vid barnledighet utges när kvinnan är totalt arbetsoförmögen, om graviditeten väsentligt förvärrar en sjukdom (till exempel smärtor i rygg, hjärta, lungor eller njurar), som i övrigt inte har

3 — Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande förklarat att dessa punkter innehållsmässigt motsvarar punkterna 90 och 93 i allmänna råd nr 5 av den 22 mars 1990.

något samband med graviditeten, eller om graviditeten hindrar behandling av sjukdomen."

Förtidsdagpenning vid barnledighet skall även utges vid frånvaro som beror på arbetsoförmåga på grund av missfall, även på grund av avbrytande av havandeskap.

Den nationella domstolen har angett att denna bestämmelse motsvaras av det första och det andra fallet i tolkningsfrågan.

"175. I vissa situationer föreligger ingen rätt till dagpenning, nämligen vid vanliga graviditetsbesvär som inte medför någon arbetsoförmåga, till exempel illamående, obehag, uppkastningar, mindre blodbrist eller mindre blodtrycksförhöjning, och när frånvaron från arbetet stöds av ett läkarintyg som inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret."

Den nationella domstolen har anfört att denna bestämmelse motsvaras av det fjärde och det femte fallet i tolkningsfrågan.

8. Den nationella domstolen har förklarat att vissa av arbetsmarknadsparterna är av olika uppfattning i fråga om hur bestämmelserna i lagen om arbetstagare, som reglerar arbetsoförmåga på grund av sjukdom och arbetsoförmåga på grund av graviditet, skall tolkas. Arbetstagarna har i detta hänseende hävdat att den danska lagen om arbetstagare enligt gemenskapsbestämmelserna om likabehandling av kvinnor och män skall tolkas så, att den ger kvinnor rätt till full lön även när arbetsoförmågan har orsakats av en graviditet. Arbetsgivarna har för sin del intagit ståndpunkten att en tolkning av nämnda lag som innebär att kvinnor nekas rätt till full lön om arbetsoförmågan har orsakats av en graviditet, och är hänvisade till att uppbära dagpenning, inte strider mot gemenskapsrätten.

**De faktiska omständigheterna i de vid Sø-og Handelsretten pågående målen**

9. Det är i fyra mål som den hänskjutna begäran om förhandsavgörande har uppkommit. Sökandena är i samtliga fall kvinnliga anställda vars anställningsförhållande regleras i lagen om arbetstagare. De led alla av besvär

under graviditeten, och i läkarintyg förklarades att alla, före de tre månader som föregick den beräknade tidpunkten för barnets födelse, var totalt eller partiellt arbetsoförmögna. Tre av dem befriades från sitt arbete utan någon rätt till lön från deras arbetsgivare (det första, det andra och det fjärde målet), medan den sista sökanden, vars partiella arbetsoförmåga hade gjort det möjligt för henne att arbeta på deltid, avstängdes från sin anställning utan lön, då hennes arbetsgivare ansåg att den inte kunde fortsätta att ge henne arbete. De medicinska diagnoserna var bäckenbensuppluckring (det första målet), *abortus inminens* med risk för den berörda personens eller fostrets hälsa (det andra och det tredje målet) och *hyperemesis gravidarum* (det fjärde målet).

10. De faktiska omständigheterna i det första målet är enligt beslutet om hänskjutande följande: sökanden Berit Høj Pedersen hade i december 1990 anställts som affärsbiträde av svaranden, som ingår i en landsomfattande kedja av stormarknader. Hennes arbete bestod i huvudsak i att hantera varor, placera dem i hyllor och utföra allmänt butiksarbete.

I maj 1992 blev sökanden gravid. Hon var arbetsoförmögen med diagnosen bäckenbensuppluckring mellan den 26 juni 1992 och tidpunkten för barnets födelse, som inträffade i februari följande år. Svaranden ansåg att arbetstagarens frånvaro berodde på graviditeten och att den inte utgjorde någon egentlig sjukdom, varvid den upphörde med att betala arbetstagaren hennes lön från och med den tidpunkt då hon företedde det första läkarintyget.

Fram till tre månader före den beräknade tidpunkten för barnets födelse fick sökanden endast förtidsdagpenning vid barnledighet enligt 12 § andra stycket i lagen om dagpenning. Därefter fick hon, fram till en månad före den beräknade tidpunkten för barnets födelse, ytterligare halva den lön som utbetalades av arbetsgivaren, enligt § 7 i lagen om arbetstagare. Under den månad som föregick den beräknade tidpunkten för barnets födelse fick sökanden full lön, i enlighet med det kollektivavtal som hon omfattades av.

11. I det andra målet, som den nationella domstolen har redogjort för, hade sökanden Bettina Andresen den 1 augusti 1991 anställts som klinikassistent av tandläkaren Jørgen Bagner. Den 25 augusti 1993 förklarades sökanden, som var gravid, vara arbetsoförmögen på grund av en risk för missfall (*abortus inminens*), varvid nedkomsten beräknades till den 24 april 1994. I de läkarintyg som utfärdades för sökanden angavs att ett fortsatt arbete medförde en risk för hennes eller fostrets hälsa. I september 1993 upphörde svaranden med att utbetala hennes lön, och

hon hänvisades till att uppbära förtidsdagpenning vid barnledighet.

12. I det tredje målet hade sökanden Tina Pedersen den 1 september 1984 anställts som klinikassistentelev av tandläkaren Jørgen Rasmussen. Efter det att hon hade avslutat sin lärotid övergick hon till en anställning som omfattades av lagen om arbetstagare. Till följd av sin graviditet förklarades hon av läkaren den 4 februari 1994 vara partiellt arbetsoförmögen på grund av risken för missfall (*abortus inminens*), varvid nedkomsten beräknades till den 5 juni 1994. Läkaren uppgav att ett fortsatt arbete medförde en risk för sökandens och/eller fostrets hälsa.

Sökanden underrättade svaranden per telefon om sin situation och om att hon önskade återuppta sitt arbete på deltid. Svaranden förklarade att han inte kunde anställa henne på deltid och att han måste anställa en vikarie för en heltidsanställning, eftersom sökanden, enligt hans mening, inte var i stånd att utföra sitt arbete på ett normalt sätt. Senare underrättade svaranden sökanden om att han hade anställt en vikarie för att inneha sökandens anställning på heltid under hennes frånvaro och att han inte skulle fortsätta med att utbetala hennes lön, varvid han hänvisade henne till att uppbära förtidsdagpenning vid barnledighet.

13. I det fjärde målet hade sökanden Pia Sørensen börjat arbeta som lärling hos svaranden, Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, den 1 augusti 1989. Efter att ha avslutat lärotiden anställdes hon tills vidare som biträde vars anställning omfattades av lagen om arbetstagare. I mitten av januari 1994 konstaterade sökanden, efter att ha varit starkt illamående, att hon var gravid. I läkarintyg av den 25 januari 1994 förklarades hon vara arbetsoförmögen under en period av fyra veckor på grund av att hon var kraftigt illamående och hade uppkastningar, vartill kom att hon drabbades av en hastig viktförlust som medförde att hon måste läggas in på sjukhus. Den 4 mars 1994 ställdes diagnosen *hyperemesis gravidarum* för henne, med risk för moderns och fostrets hälsa, och hon förklarades vara arbetsoförmögen under fyra och en halv månad på grund av sin graviditet. Från och med februari 1994 upphörde svaranden med att utbetala hennes lön.

## Tolkningsfrågan

14. Sø-og Handelsretten har ansett det vara nödvändigt att förklara dessa mål vilande och att, enligt artikel 177 i EG-fördraget, ställa en tolkningsfråga till domstolen enligt följande:

"Utgör gemenskapsrätten, närmare bestämt artikel 119 i EG-fördraget samt direktiv 75/117/EEG, 76/207/EEG och

92/85/EEG [4], hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs att arbetsgivaren inte är skyldig att utbetala lön till gravida medarbetare, när

1. frånvaron beror på att graviditeten väsentligt förvärrar en sjukdom som i övrigt inte har något samband med graviditeten,

2. frånvaron beror på en sjukdom som har orsakats av graviditeten,

3. frånvaron beror på att graviditeten har ett sjukdomsförlopp och att fortsatt arbete medför en risk för kvinnans eller fostrets hälsa,

4. frånvaron beror på allmänna graviditetsbesvär under ett normalt graviditetsförlopp, där det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga,

5. frånvaron sker mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, men där den medicinska rekommendationen inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret,

6. frånvaron beror på att arbetsgivaren, endast på grund av graviditeten, bedömer att han inte kan få användning för den gravida medarbetarens arbetskraft, trots att medarbetaren inte är arbetsoförmögen,

och den gravida medarbetaren i fallen 1—3 och 6 av staten tillförsäkras samma dagpenning som fås under sjukledighet, medan det i fallen 4 och 5 inte uppbärs någon dagpenning från staten, och när arbetsgivaren i övrigt enligt nationell lagstiftning är skyldig att utbetala full lön vid sjukdom?"

**Tillämpliga gemenskapsbestämmelser**

15. I artikel 119 i fördraget föreskrivs följande:

"Varje medlemsstat skall ... säkerställa ... principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete.

4 — Rådets direktiv 92/85/EEG 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 nr L 348, 28.11.1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

I denna artikel skall med 'lön' förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen."

16. I artikel 1 i direktiv 75/117 föreskrivs följande:

"Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget ... innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen."

17. I artikel 2 i direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor föreskrivs följande:

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

...

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

I artikel 5 i direktivet föreskrivs följande:

"1. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall

upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön."

18. Direktiv 92/85 av den 19 oktober 1992, som syftar till genomförande av åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, skulle ha införlivats med medlemsstaternas nationella rätt senast två år efter det att det antogs, det vill säga den 19 oktober 1994.

Enligt min mening skall detta direktiv inte tillämpas på tiden (ratione temporis) för de faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen, eftersom arbetstagarnas krav med anledning av anställningsförhållandet, såsom de framgår av den redogörelse som den nationella domstolen har lämnat i sitt beslut, endast avser havandeskapstiden och eftersom alla födde före den 19 oktober 1994. Det framkommer inte heller om den danska lagstiftningen redan vid denna tidpunkt hade ändrats.

19. Skriftliga synpunkter har, inom den tid som för detta ändamål fastställs i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen, inkommit från sökandena och svarandena i målen vid den nationella domstolen, vilka har avfattat dem gemensamt, från den franska och den brittiska regeringen samt kommissionen. Vid sammanträdet inställde sig sökandenas och svarandenas advokater samt företrädare för den franska regeringen och kommissionen.

20. Sökandena, som har undersökt vart och ett av de sex fall som återges i tolkningsfrågan, har följande uppfattning:

— Om kvinnans arbetsoförmåga, som styrks genom ett läkarintyg, beror på att graviditeten väsentligt förvärrar en sjukdom som inte har något samband med graviditeten (första fallet) eller på en sjukdom som har förorsakats av graviditeten (andra fallet) — i vilka fall kvinnan av staten garanteras utbetalning av en dagpenning som till beloppet motsvarar den dagpenning som hon skulle uppbära vid frånvaro från arbetet på grund av sjukdom — strider det mot gemenskapsrätten, särskilt artikel 119 i fördraget, att arbetsgivaren med stöd av nationell rätt befrias från sin skyldighet att betala henne full lön, med hänsyn till att samma arbetstagare skulle ha denna rätt om deras arbetsoförmåga inte hade något samband med graviditeten.

— Om arbetsoförmågan beror på att graviditeten har ett sjukdomsförlopp och att fortsatt arbete medför en risk för kvinnans eller fostrets hälsa (tredje fallet) — i vilket fall kvinnan av staten också garanteras utbetalning av en dagpenning som till beloppet motsvarar den dagpenning

som hon skulle uppbära vid frånvaro från arbetet på grund av sjukdom — strider det mot gemenskapsrätten att kvinnor endast kan uppbära denna förmån, när det till andra arbetstagare utbetalas full lön vid sjukdom, eftersom graviditet är en situation som endast berör kvinnor.

— Om frånvaron beror på allmänna graviditetsbesvär under ett normalt graviditetsförlopp som inte medför arbetsoförmåga (fjärde fallet) eller sker med stöd av ett läkarintyg i vilket vila föreskrivs, men där detta inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret (femte fallet) — i vilka fall kvinnorna inte har rätt till dagpenning — bör förhållandet likställas med sjukdom, trots att det inte föreligger något egentligt sjukdomstillstånd, och en nationell bestämmelse, enligt vilken kvinnliga anställda i dessa situationer inte har rätt till vare sig lön eller dagpenning, strider därför mot gemenskapsrätten.

— Om kvinnans frånvaro beror på att arbetsgivaren, endast på grund av graviditeten, bedömer att han inte kan få användning för den gravida medarbetarens arbetskraft, trots att hon inte uppfyller förutsättningarna för att sjukskriva sig (sjätte fallet) — i vilket fall kvinnan av staten garanteras en dagpenning som till beloppet motsvarar den dagpenning som hon skulle uppbära vid frånvaro från arbetet på grund av sjukdom — strider det mot gemenskapsrätten att en nationell bestämmelse tvingar en arbetsför kvinnlig anställd att acceptera en lön som är lägre än den lön som tillkommer henne, eftersom det endast är kvinnor som kan befinna sig i denna situation.

Advokaten för Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, som företräder Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen och Tina Pedersen, som är sökande i det första, det andra respektive det tredje målet, upplyste vid sammanträdet domstolen om att dessa mål hade underställts Retslægerådet, det högsta organet för medicinska frågor som berör enskilda, vilket, efter det att tolkningsfrågan ställdes, har fastslagit att advokatens tre klienter hade varit frånvarande från sitt arbete på grund av ett förhållande som hade samband med graviditeten och som kunde anses som en sjukdom.

21. Svarandena har gjort gällande att det inte finns något skäl att kvalificera kvinnliga anställda, som är arbetsoförmögna på grund av graviditet, som sjuka och att deras rätt till lön därför inte faller under tillämpningsområdet för artikel 119 i fördraget. Eftersom det endast är kvinnor som kan ha ersättningsanspråk för frånvaro som beror på graviditet, är det inte möjligt att jämföra med mäns rätt till lön i en motsvarande situation och man kan därför inte tala om diskriminering vad gäller lön.

Svarandena har i andra hand tillagt att det finns objektiva skäl att neka utbetalning av full lön till sökandena, nämligen att den danska lagstiftningen är ett uttryck för en skälig och adekvat fördelning av de risker och ekonomiska bördor, som hänför sig till graviditet, mellan kvinnliga anställda, arbetsgivarna och samhället. Att kvinnliga anställda inte ges full lön vid graviditet utgör ingen diskriminering av dem, utan beror på att graviditet på arbetsmarknaden är en extraordinär situation, vars börda inte endast skall bäras av arbetsgivarna. Slutligen bör, enligt svarandena, beaktas att graviditet är ett tillstånd som de anställda försätter sig i med avsikt, varför den frånvaro som hänger samman med detta tillstånd inte kan jämställas med en oförutsedd sjukdom.

22. Den franska regeringen har behandlat frågan om den lön som uppbärs vid arbetsoförmåga som har orsakats av graviditet utgör lön i den mening som avses i artikel 119 andra stycket i fördraget. Den franska regeringen anser, med hänsyn till såväl själva lydelsen av bestämmelsen som domstolens rättspraxis, att frågan skall besvaras jakande. På grundval av antagandet att den dagpenning som en gravid kvinna uppbär, vars arbetsoförmåga har orsakats av graviditeten, är lägre än den lön som hon skulle uppbära om hennes arbetsoförmåga hade orsakats av en sjukdom som inte har något samband med graviditeten, har den franska regeringen dragit slutsatsen att den särbehandling som följer av den danska lagstiftningen strider mot principen om lika lön och att det inte finns någon objektiv grund som kan berättiga denna skillnad till förfång för gravida kvinnor.

23. Förenade kungariket anser att det är nödvändigt att skilja på två fall, nämligen dels en kvinnas frånvaro från sitt arbete under den barnledighet som fastställs i nationell rätt, dels sådan frånvaro som inte inträffar under denna period.

Om frånvaron inträffar under barnledigheten, vid vilken tidpunkt de besvär som normalt betingas av graviditet och barns födelse uppkommer, garanteras ingen rätt för kvinnan — vare sig genom artikel 119 i fördraget eller genom direktiv 75/117 eller direktiv 75/207 — att av arbetsgivaren erhålla full lön, eller en förmån som uppgår till samma belopp som den ekonomiska förmånen vid arbetsoförmåga, eller en annan utbetalning som motsvarar en fastställd ersättningsnivå. Det enda krav som framgår av dessa bestämmelser är att den lön eller förmån som kvinnan uppbär under denna period inte är av sådan storlek att det i praktiken hindrar henne från att utnyttja rätten till barnledighet, men fastställelsen av det konkreta belopp som kvinnan under dessa omständigheter skall uppbära faller under den nationella lagstiftarens behörighet.

En kvinna som är frånvarande från sitt arbete på grund av en sjukdom som har orsakats av graviditet, då frånvaron inte inträffar under barnledigheten, skall däremot behandlas på samma sätt som varje annan arbetstagare som är arbetsoförmögen, vare sig det är en man eller kvinna.

Förenade kungariket drar slutsatsen att en nationell bestämmelse, enligt vilken en kvinna, som är frånvarande från sitt arbete på grund av en sjukdom som har samband med graviditet, då frånvaron inte inträffar under barnledighet, skall uppbära en lön som är lägre än lönen för en sjuk man eller för en kvinna vars sjukdom inte hänför sig till graviditet, strider mot artikel 119 i fördraget samt direktiv 75/117 och direktiv 76/207.

24. Kommissionen har föreslagit att det första, det andra och det tredje fallet med hänsyn till flera skäl skall besvaras tillsammans, nämligen att samtliga dessa fall avser en arbetsoförmåga som styrks av ett läkarintyg, att denna arbetsoförmåga beror på en sjukdom som har samband med graviditeten eller som har förvärrats av denna, att staten garanterar att de kvinnor som befinner sig i någon av dessa situationer uppbär en dagpenning som till beloppet motsvarar den dagpenning som skulle utbetalas till dem vid arbetsoförmåga på grund av sjukdom, och att lagen om arbetstagare befriar arbetsgivaren från att utbetala full lön när arbetsoförmågan har samband med graviditet.

I detta hänseende har kommissionen för det första gjort gällande att den lön som arbetsgivaren utbetalar till en anställd när denne är sjuk enligt 5 § i lagen om arbetstagare eller till en gravid anställd enligt artikel 7 i samma lag omfattas av begreppet lön som förekommer i artikel 119 i fördraget, såsom den har tolkats i domstolens rättspraxis. För det andra har den hävdat att det första, det andra och det trejde fallet är jämförbara med de situationer där en arbetstagare, oavsett kön, måste avbryta sitt arbete på grund av sjukdom. Eftersom det endast är kvinnor som kan bli gravida utgör 7 § andra stycket i lagen om arbetstagare, genom att den förpliktar arbetsgivaren att under en viss period endast utbetala halv lön till de kvinnor som är förhindrade att arbeta till följ av en sjukdom som har samband med graviditeten, en direkt diskriminering som består i att det tillämpas olika regler på jämförbara situationer. Även om staten utbetalar dagpenning, strider bestämmelsen därför mot artikel 119 i fördraget, med hänsyn till att arbetsgivaren enligt 5 § i samma lag är skyldig att betala arbetstagarna full lön vid arbetsoförmåga på grund av sjukdom.

Vad beträffar det fjärde och det femte fallet har kommissionen påpekat att det varken rör sig om verklig arbetsoförmåga eller sjukdom som styrks av ett läkarintyg, och att dessa situationer skulle kunna likställas med en kvinnas frånvaro från anställningen under barnledigheten. Eftersom en kvinnas situation i dessa fall inte kan jämföras med situationen för en manlig arbetstagare som är sjuk, kan den omständigheten att kvinnan nekas rätten att erhålla lön inte anses utgöra en överträdelse av artikel 119 i fördraget.

Vad beträffar det sjätte fallet har kommissionen för det första hävdat att 7 § andra stycket i lagen om arbetstagare, enligt vilken en arbetsgivare som inte anser sig kunna fortsätta att ge en gravid kvinna arbete kan tvinga henne att upphöra med sitt arbete,

även om kvinnan inte har förklarats vara arbetsoförmögen, varvid han endast är skyldig att under en begränsad period betala henne halv lön, utgör en direkt diskriminering i fråga om arbetsvillkor, som strider mot artiklarna 2.1 och 5.1 i direktiv 76/207, och för det andra att den nationella bestämmelsen inte kan anses åsyfta skydd för kvinnor vid graviditet och moderskap i den mening som avses i artikel 3.2 i direktivet, eftersom arbetsgivaren fattar beslutet ensidigt och i eget intresse.

Slutligen har kommissionen gjort gällande, såvitt avser direktiv 92/85, att de mål som pågår vid den nationella domstolen synes ha anhängiggjorts innan dansk rätt anpassades till dessa bestämmelser. Den har tillagt att 7 § andra stycket i lagen om arbetstagare, som innebär en rätt för arbetsgivaren att besluta om han kan fortsätta att ge arbete åt en gravid arbetstagare medan hon befinner sig i detta tillstånd, i varje fall är oförenlig med bestämmelserna i detta direktiv.

**Bedömning av tolkningsfrågan**

25. Innan jag inleder analysen av tolkningsfrågan måste jag understryka att den nationella domstolen som har förklarat de fyra målen vilande, har ställt en fråga som består av sex fall. I detta hänseende önskar jag göra några klargöranden:

1) För det första har det fjärde och det femte fallet inget samband med dessa fyra pågående mål, eftersom ingen av sökandena har befunnit sig i någon av dessa situationer. Av detta skäl föreslår jag domstolen att den undersöker om tolkningsfrågan kan tas upp till prövning såvitt avser nämnda två fall.

2) För det andra bör det sjätte fallet, som motsvaras av de faktiska omständigheterna i det tredje målet, besvaras mot bakgrund av likabehandlingsprincipen såvitt avser tillträde till arbete och arbetsvillkor, vilket stadgas i direktiv 76/207, eftersom vägran att utbetala lön enligt min mening endast är en följd av vägran att ge arbete.

3) För det tredje framgår, vid en jämförelse mellan de faktiska omständigheterna i de återstående tre målen och det första, det andra och det tredje fallet, att de diagnoser som ställdes för sökandena motsvarar det andra och det tredje fallet, men däremot inte det första fallet. Jag anser trots allt, såsom kommissionen, att dessa tre fall kan och skall besvaras samtidigt mot bakgrund av principen om lika lön, som fastställs i artikel 119 i fördraget och

klargörs i direktiv 75/117, efter att de har grupperats på grundval av sina gemensamma kännetecken, det vill säga att en kvinnas frånvaro grundas på en arbetsoförmåga som styrks av ett läkarintyg, att denna arbetsoförmåga har orsakats av graviditeten, att arbetsgivaren därför har rätt att inställa löneutbetalningen, och att arbetsgivaren, om arbetsoförmågan berodde på en sjukdom som inte hade något samband med graviditeten, skulle vara skyldig att utbetala full lön.

Jag kommer därför att i följande ordning behandla tillåtligheten av begäran om förhandsavgörande såvitt avser det fjärde och det femte fallet, svaret avseende det första, det andra och det tredje fallet och slutligen svaret avseende det sjätte fallet.

A — Tillåtligheten av begäran om förhandsavgörande såvitt avser det fjärde och det femte fallet

26. Dessa fall motsvarar en kvinnas frånvaro från sitt arbete som beror på allmänna graviditetsbesvär under ett normalt graviditetsförlopp vilka inte ger upphov till någon arbetsoförmåga, respektive frånvaro som sker mot bakgrund av ett läkarintyg i vilket vila föreskrivs, men där detta inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret. I båda fallen är arbetsgivaren befriad från skyldigheten att utbetala lön och de kvinnliga anställda har ingen rätt till dagpenning från staten.

27. Av beslutet om hänskjutande framgår emellertid att ingen av sökandena i de fyra målen hade ett normalt graviditetsförlopp och att det för samtliga utfärdades läkarintyg i vilka de förklarades vara totalt eller partiellt arbetsoförmögna. Ingen av dem kunde därför omfattas av något av dessa fall.

Det rör sig om teoretiska fall som den nationella domstolen har framlagt för att täcka alla möjligheter som ges i allmänna råd nr 191, men som inte har något samband med de fyra mål som beskrivs i beslutet. Samma domstol försäkrar nämligen att det fjärde och det femte fallet i den ställda frågan motsvarar bestämmelsen i punkt 175 i nämnda allmänna råd, vari just dessa båda situationer stadgas.

28. Det finns en fast rättspraxis om den roll som de nationella domstolarna och EG-domstolen har tilldelats inom ramen för det samarbetsförfarande som föreskrivs i artikel 177 i fördraget. Enligt denna rättspraxis är den nationella domstolen, som är den ende som har direkt kunskap om de faktiska omständigheterna i målet, den som är bäst skickad att, i förhållande till dess särdrag, uppskatta såväl nödvändigheten av ett förhandsavgörande för att kunna döma i

saken som relevansen av de frågor som den har ställt till domstolen, [5] medan det tillkommer EG-domstolen att undersöka de förutsättningar på grundval av vilka den nationella domstolen har begärt ett förhandsavgörande för att pröva sin egen behörighet. Den samarbetsanda som skall råda vid hanteringen av systemet med förhandsavgörande innebär även att den nationella domstolen för sin del beaktar den uppgift som EG-domstolen har anförtrotts, nämligen att bidra till rättsskipningen i medlemsstaterna och inte att avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor. [6]

29. Mot bakgrund av denna uppgift har domstolen ansett sig inte kunna pröva en begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol, när den begärda tolkningen av en gemenskapsbestämmelse eller prövningen av dess giltighet inte har något samband med den verkliga beskaffenheten av eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, [7] eller när det har begärts att domstolen skall avgöra en hypotetisk fråga utan att ha tillgång till de faktiska eller rättsliga omständigheter som är nödvändiga för att avge ett ändamålsenligt svar. [8] Domstolen har i detta hänseende tillagt att det är nödvändigt att den nationella domstolen redogör för skälen till varför den anser att ett svar på dess frågor skulle vara nödvändigt för att avgöra tvisten, för att kunna pröva om den tolkning av gemenskapsrätten som begärs har samband med den verkliga beskaffenheten av eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen. Om det framgår att det är uppenbart att den ställda frågan inte är relevant för att lösa nämnda tvist, skall domstolen nedlägga målet. [9]

30. Jag anser mot bakgrund av denna rättspraxis, och eftersom ingen av sökandena i de mål som pågår vid den nationella domstolen har befunnit sig i de situationer som utgörs av det fjärde och det femte fallet i tolkningsfrågan — eftersom ingen hade ett normalt graviditetsförlopp, utan samtliga i läkarintyg hade förklarats vara totalt eller partiellt arbetsoförmögna — att ett svar från domstolen om tolkningen av den gemenskapsrätt som är tillämplig på dessa fall inte skulle vara användbart för den nationella domstolen för att avgöra de mål som är anhängiga vid den. Av detta skäl föreslår jag att domstolen skall avvisa begäran om förhandsavgörande till den del den avser det fjärde och det femte fallet.

B — Det första, det andra och det tredje fallet i tolkningsfrågan

31. Det första, det andra och det tredje fallet avser bestämmelsen i 7 § andra stycket första meningen i den danska lagen om arbetstagare, där det fastställs sämre lönevillkor vid

5 — Dom av den 29 november 1978 i mål 83/78, Pigs Marketing Board (REG 1978, s. 2347; svensk specialutgåva, volym 4, s. 243), punkt 25, den 28 november 1991 i mål C-186/90, Durighello (REG 1991, s. I-5773), punkt 8, och av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Lourenço Dias (REG 1992, s. I-4673; svensk specialutgåva, volym 13), punkt 15.

6 — Dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6), punkterna 18 och 20, den 3 februari 1983 i mål 149/82, Robards (REG 1983, s. 171), punkt 19, och domen i det ovannämnda målet Lourenço Dias, ovan fotnot 5, punkt 17.

7 — Dom av den 16 juni 1981 i mål 126/80, Salonia (REG 1981, s. 1563; svensk specialutgåva, volym 6), punkt 6, domen i det ovannämnda målet Durighello, ovan i fotnot 5, punkt 9, dom av den 28 mars 1996 i mål C-129/94, Ruiz Bernáldez (REG 1996, s. I-1829), punkt 7, och av den 12 december 1996 i mål C-104/95, Kontogeorgas (REG 1996, s. I-6643), punkt 11.

8 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13), punkterna 32 och 33.

9 — Domen i det ovannämnda målet Lourenço Dias, ovan fotnot 5, punkterna 19 och 20.

arbetsoförmåga, styrkt av ett läkarintyg, som har samband med graviditet. Det var denna bestämmelse som gjorde det möjligt för arbetsgivarna för sökandena Berit Høj Pedersen (det första målet), Bettina Andresen (det andra målet) och Pia Sørensen (det fjärde målet) — för vilka diagnoserna bäckenbensuppluckring, *abortus inminens* respektive *hyperemesis gravidarum* ställdes, och vilka måste upphöra med sin yrkesverksamhet — att upphöra med att utbetala sökandenas lön och hänvisa dem till att uppbära förtidsdagpenning vid barnledighet.

32. Av tolkningsfrågans lydelse och motivering drar jag slutsatsen att den nationella domstolen med dessa tre fall önskar få veta om artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117 utgör hinder för en nationell bestämmelse, i vilken det föreskrivs att arbetsgivaren — när en gravid kvinnas arbetsoförmåga, styrkt av ett läkarintyg, som har samband med graviditeten — endast är skyldig att utbetala halv lön under en period av högst fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln, med tanke på att arbetsgivaren måste utbetala full lön till sina anställda, om det rör sig om en arbetsoförmåga som inte har något samband med graviditeten.

33. Det är nödvändigt att först göra ett klarläggande beträffande den gemenskapslagstiftning vars tolkning har begärts. I beslutet om hänskjutande hänvisas såväl till artikel 119 i fördraget som till direktiv 75/117. Domstolen har dock fastslagit att direktiv 75/117, som har till syfte att fastställa de villkor som är nödvändiga för att genomföra principen om lika lön för kvinnor och män, inte alls påverkar denna princips innehåll eller räckvidd, såsom de följer av artikel 119 i fördraget. [10]

Varje slutsats som dras till följd av att begreppet lön i artikel 119 i fördraget tillämpas på de anförda fallen är följaktligen även giltig med avseende på direktiv 75/117.

34. Det råder ingen tvekan om att principen om lika lön mellan kvinnor och män för lika arbete, som fastslås i artikel 119 i fördraget, utgör en av gemenskapens grundvalar. [11] I denna artikel ges en vid definition enligt vilken det med lön skall förstås "den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen". Denna definition har kompletterats i domstolens rättspraxis, i vilken det uttalas att "aktuella och framtida" förmåner sedan

10 — Dom av den 11 mars 1981 i mål 69/80, Worringham och Humphreys (REG 1981, s. 767; svensk specialutgåva, volym 6), punkt 21, den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911; svensk specialutgåva, volym 6), punkt 22, den 3 december 1987 i mål 192/85, Newstead (REG 1987, s. 4753), punkt 20, och av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10), punkt 11.

11 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455), punkt 12.

år 1971 skall omfattas av detta begrepp [12]. År 1990 tillades i denna rättspraxis att de förmåner som arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen omfattas av begreppet lön "vare sig de utbetalas enligt ett anställningsavtal, enligt lagbestämmelser eller frivilligt". [13]

Domstolen har därefter, genom exemplifiering och utan avsikt att vara uttömmande i uppräkningen, ansett att följande skall omfattas av begreppet lön: de förmåner avseende transporter som ett järnvägsföretag ger dess anställda när de går i pension och som utsträcks till deras familj, [14] de förmåner som arbetstagare ges i samband med uppsägning, samt utbetalningar genom privata pensionssystem, [15] den förmån som en arbetsgivare utbetalar till medlemmarna i en företagsnämnd, i form av betald ledighet eller övertidsersättning i anledning av deltagande i utbildning som ger erforderlig kunskap för verksamhet i företagsnämnd, även om de under denna utbildning inte utför sådant arbete som avses i deras anställningsavtal, [16] rätten att ansluta sig till ett pensionssystem för företag, [17] arbetsgivarens fortsatta utbetalning av lön till arbetstagaren vid sjukdom, [18] och den ersättning som arbetsgivaren, antingen med stöd av bestämmelser i lag eller på grund av kollektivavtal, utbetalar till en kvinnlig arbetstagare under hennes barnledighet. [19]

35. Principen om icke-diskriminering av kvinnor och män i arbetet som fastslås i artikel 119 utgör hinder för bestämmelser enligt vilka det är möjligt att utbetala olika lön till kvinnliga och manliga arbetstagare, när de utför samma arbete eller arbete som tillerkänns lika värde. [20] Domstolen har bekräftat att artikel 119 första stycket i fördraget skall tillämpas direkt, utan att det krävs gemenskapsrättsliga eller nationella tillämpningsbestämmelser, på alla former av direkt och öppen diskriminering, som kan konstateras redan utifrån kriterierna lika arbete och lika lön som anges i nämnda artikel. [21]

36. Det råder sedan domstolens dom i målet Rinner-Kühn [22] inget tvivel om att fortsatt

12 — Dom av den 25 maj 1971 i mål 80/70, Defrenne (REG 1971, s. 445), punkt 6.

13 — Domen i det ovannämnda målet Barber, ovan fotnot 10, punkt 20.

14 — Dom av den 9 februari 1982 i mål 12/81, Garland (REG 1982, s. 359), punkt 9.

15 — Domen i det ovannämnda målet Barber, ovan fotnot 10, punkterna 20 och 30.

16 — Dom av den 4 juni 1992 i mål C-360/90, Bötel (REG 1992, s. I-3589; svensk specialutgåva, volym 12) punkterna 14 och 15 och av den 6 februari 1996 i mål C-457/93, Lewark (REG 1996, s. I-243), punkt 23.

17 — Dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607), punkt 22, samt av den 28 september 1994 i mål C-57/93, Vroege (REG 1994, s. I-4541), punkt 15, och i mål C-128/93, Fisscher (REG 1994, s. I-4583), punkt 12.

18 — Dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743), punkt 7.

19 — Dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m. fl. (REG 1996, s. I-475), punkt 14.

20 — Domen i det ovannämnda målet Gillespie m. fl., fotnot 19, punkt 15.

21 — Dom av den 8 april 1976, Defrenne, ovannämnd i fotnot 11, punkt 18, den 27 mars 1980 i mål 129/79, Macarthys (REG 1980, s. 1275; svensk specialutgåva, volym 5, s. 173), punkt 10, domen i det ovannämnda målet Worringham och Humphreys, fotnot 10, punkt 23, och domen i det ovannämnda målet Jenkins, fotnot 10, punkt 17.

22 — Ovannämnd i fotnot 18. Det rörde sig om den tyska lagen om fortsatt utbetalning av lön vid sjukdom, enligt vilken arbetsgivaren är skyldig att till en arbetstagare, som utan eget vållande är förhindrad att utföra arbetet på grund av en arbetsoförmåga som har uppkommit efter det att han började arbeta, utbetala lön för denna period, dock under högst sex veckor, varvid förvaltningsmyndigheterna återbetalar en del av lönen till arbetsgivaren om företaget har mindre än 20 anställda.

utbetalning av lön från arbetsgivaren under den period som arbetstagaren är sjukskriven på grund av sjukdom omfattas av begreppet lön i artikel 119 i fördraget. Det skall nu undersökas om även en arbetsgivares fortsatta utbetalning av lön till en gravid kvinna, vars arbetsoförmåga har orsakats av graviditeten, skall omfattas av nämnda begrepp.

37. Enligt den omtvistade danska bestämmelsen är arbetsgivarens skyldighet i detta fall begränsad till att utbetala halv lön under högst fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln. Om man hänför sig till definitionen av lön i artikel 119, följer det att det rör sig om en del av lönen som arbetsgivaren utbetalar direkt till arbetstagaren på grund av anställningen, med stöd av en bestämmelse i lag. Jag anser följaktligen att en fortsatt utbetalning av lönen även i detta fall omfattas av begreppet lön.

Den fråga som nu återstår att besvara inskränks till huruvida en gravid kvinna, vars arbetsoförmåga har orsakats av graviditeten, har rätt till samma lön som en man som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom.

38. Domstolen har redan vid ett flertal tillfällen uttalat sig om tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetet i fråga om en gravid kvinnas rättigheter i arbetet. Fram till denna dag har samtliga mål dock handlat om rättigheterna avseende tillgång till anställning och lika arbetsvillkor, enligt direktiv 76/207. [23]

39. I domen i målet Gillespie [24] tolkade domstolen däremot principen om lika lön tillämpad på en förmån som hade utbetalats till en kvinna under barnledighet. I domen uttalade domstolen att "de kvinnor som utnyttjar en föräldraledighet enligt den nationella lagstiftningen [befinner sig] i en särskild situation som förutsätter att de ges ett särskilt skydd, men som inte kan likställas med vare sig den situation som en man eller som en kvinna som faktiskt utför sitt arbete befinner sig i" och att, eftersom direktiv 92/85 inte var tillämpligt på tiden (ratione temporis) för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, "[hade de kvinnliga arbetstagarna] varken enligt artikel 119 i EEG-fördraget eller artikel 1 i direktiv 75/117 [...] någon rätt att bibehålla hela sin lön under föräldraledigheten". [25]

40. Det står utifrån denna tolkning klart att sökandena under barnledigheten varken kunde stödja sig på artikel 119 i fördraget eller direktiv 75/117 för att göra gällande en rätt till full lön, eftersom den särskilda situation som de befann sig i under denna tid inte

23 — Det rör sig om dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10), den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657), den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16) och av den 29 maj 1997 i mål C-400/95, Larsson (REG 1997, s. I-2757).

24 — Nämnd ovan i fotnot 19.

25 — Den ovannämnda domen, fotnot 19, punkterna 17, 19 och 20.

kunde likställas med den situation som en man som faktiskt utförde sitt arbete befann sig i.

41. Den fråga som uppkommer är om en gravid kvinnas arbetsoförmåga som har orsakats av graviditeten skall likställas med barnledighet "i förtid", i vilket fall kvinnan inte heller skulle kunna stödja sig på de nämnda bestämmelserna för att göra gällande en rätt till full lön.

Enligt min mening måste frågan besvaras nekande, och detta av flera skäl: för det första därför att barnledighetens varaktighet fastställs på förhand och är oberoende av den tid som varje berörd behöver för att återställa sig efter födelsen, medan varaktigheten för en gravid kvinnas arbetsoförmåga som har orsakats av graviditeten endast är beroende av den tid som bedöms nödvändig för att kvinnan skall vara återställd, för det andra därför att det inte krävs att kvinnan är sjuk för att komma i åtnjutande av barnledighet, medan det för en gravid kvinna är ett nödvändigt villkor (conditio sine qua non) att det föreligger ett allvarligt hälsoproblem för att hon skall få ett läkarintyg på att hon är arbetsoförmögen, och slutligen därför att kvinnan under barnledigheten inte bara är befriad från att arbeta utan även från varje annan skyldighet enligt hennes anställningsavtal, medan en gravid kvinna som har förklarats vara arbetsoförmögen, oavsett vad som har orsakat arbetsoförmågan, är skyldig att medverka till att hon återställs genom att underkasta sig den terapeutiska behandling som föreskrivs av en läkare.

42. Vad skiljer då — under graviditeten och innan barnledigheten börjar — en gravid kvinnas arbetsoförmåga som har orsakats av graviditeten från en mans arbetsoförmåga till följd av en sjukdom?

Jag måste erkänna att jag vid en jämförelse av dessa båda situationer, med hänsyn till deras arbetssituation, inte kan se någon skillnad mellan en gravid kvinnas arbetsoförmåga som har orsakats av graviditeten och en sjuk mans arbetsoförmåga. Båda lider nämligen av någon sjukdom, vars förekomst styrks av ett läkarintyg. Av detta skäl kan ingendera av dem tillfälligt inneha sitt arbete och samtidigt som de är arbetsoförmögna finns en förhoppning om att såväl kvinnan, vars hälsa har påverkats av graviditeten, som den sjuke mannen skall återställas och återuppta arbetet, eftersom arbetsoförmågan normalt upphör med att arbetstagaren friskförklaras.

43. Slutsatsen är att en gravid kvinna — vad beträffar hennes rättigheter och skyldigheter i arbetet — som är arbetsoförmögen på grund av graviditet, vilket styrks av ett läkarintyg, befinner sig i en situation som är mycket olik den situation som en barnledig

kvinna befinner sig i, och motsvarar i huvudsak situationen för en man som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom.

44. Genom den omtvistade nationella bestämmelsen införs emellertid en särbehandling i fråga om lön på grundval av sjukdomens orsak, och i praktiken är de rättigheter avseende lön som en arbetsoförmögen gravid kvinna har, sämre eller likvärdiga med rättigheterna för en sjuk man, beroende på om hennes sjukdom har samband med graviditeten eller inte. Eftersom det är frågan om ett särskiljande kriterium som tar hänsyn till en situation som, per definition, endast kvinnor kan befinna sig i, utgör det en direkt diskriminering på grund av kön som strider mot artikel 119 i fördraget och därför inte kan anses berättigad i något avseende.

45. Av de skäl som jag just har redogjort för föreslår jag att det på det första, det andra och det tredje fallet i tolkningsfrågan skall besvaras att principen om lika lön, som fastslås i artikel 119 i fördraget och klargörs i artikel 1 i direktiv 75/117, utgör hinder för en nationell bestämmelse i vilken det föreskrivs att arbetsgivaren — när en gravid kvinnas arbetsoförmåga, som styrks av ett läkarintyg, har samband med graviditeten — endast är skyldig att utbetala halv lön under en period av högst fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln, med tanke på att arbetsgivaren måste utbetala full lön till sina anställda, om det rör sig om en arbetsoförmåga som inte har något samband med graviditeten.

## C — Det sjätte fallet i tolkningsfrågan

46. Jag antar att den nationella domstolen genom att ställa denna fråga önskar få veta om principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, vilken fastslås i direktiv 76/207, utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den i 7 § andra stycket andra meningen i lagen om arbetstagare, enligt vilken arbetsgivaren är skyldig att, vid en anställds graviditet, betala henne halv lön under fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln, om arbetsgivaren inte anser sig kunna ge den anställda arbete, även om hon inte är arbetsoförmögen.

Det var med stöd av denna bestämmelse som Tina Pedersen, sökande i det tredje målet som sedan den 1 september 1984 arbetade för tandläkaren Jørgen Rasmussen och som i läkarintyg av den 4 februari 1994 hade förklarats vara partiellt arbetsoförmögen på grund av risken för missfall (*abortus imminens*), varvid nedkomsten beräknades till den 5 juni 1994, avstängdes från sin anställning och lönen hölls inne, eftersom arbetsgivaren inte hade samtyckt till hennes begäran att få arbeta på deltid.

Som jag redan har påpekat i punkt 25 2) anser jag, trots att det här även är frågan om arbetsgivarens vägran att utbetala lön till arbetstagaren, att detta fall inte kan lösas med tillämpning av principen om lika lön, utan skall bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv 76/207, eftersom vägran att utbetala lön endast är en följd av vägran att ge arbete.

47. Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande bekräftat att det, enligt föreskrifterna i lagen om arbetstagare, endast tillkommer arbetsgivaren att avgöra huruvida han kan fortsätta att ge en gravid anställd arbete eller inte. Den har påpekat att motiven till denna bestämmelse möjligen är att arbetsgivaren, med hänsyn till anställningens art, kan kräva att den anställda har en sådan arbetsförmåga som motiverar att hon upphör med sitt arbete före tremånadersperioden före födseln och att arbetsgivaren måste kunna motivera varför det är nödvändigt att den anställda upphör med sitt arbete, dock utan att det är klart vilka krav som skall ställas på nämnda motivering.

48. Den i direktiv 76/207 fastslagna likabehandlingsprincipen skall, enligt artikel 2.3 i direktivet, inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap. Det är denna bestämmelse som är den rättsliga grunden för sådana skyddsåtgärder, som vidtas av medlemsstaterna, som exempelvis att det endast är kvinnor som medges rätt till barnledighet.

I detta hänseende har domstolen uttalat att artikel 2.3 i direktiv 76/207, genom att medlemsstaterna däri förbehålls rätten att bibehålla och införa bestämmelser till skydd för kvinnor vid graviditet och moderskap innebär ett erkännande av att det är befogat att med beaktande av likabehandlingsprincipen, skydda dels kvinnors fysiska tillstånd under och efter graviditeten, dels det särskilda förhållandet mellan kvinnan och hennes barn under den period som följer på graviditeten och födseln. [26]

För att kunna omfattas av detta undantag måste åtgärderna följaktligen vara direkt avsedda att skydda de kvinnor som befinner sig i någon av dessa situationer.

49. Den omtvistade danska bestämmelsen, som överlämnar åt arbetsgivaren att skönsmässigt avgöra huruvida den kan fortsätta att ge en gravid anställd arbete eller inte, enbart därför att den anställda befinner sig i detta tillstånd — eftersom det i den inte uppställs krav på att hon har förklarats vara arbetsoförmögen — kan emellertid inte omfattas av undantaget i artikel 2.3 i direktiv 76/207, eftersom bestämmelsen i stället för att skydda den gravida kvinnan ger arbetsgivaren en möjlighet att, genom ett enkelt beslut, tillfälligt upphöra med att ge henne arbete.

26 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkt 25.

Bestämmelsen skall därför bedömas mot bakgrund av de övriga bestämmelserna i direktivet, i vilka det fastslås en strikt likabehandling av kvinnliga och manliga arbetstagare, och konkret mot bakgrund av artikel 5.1 i direktivet, enligt vilken 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.

50. Enligt en fast rättspraxis från domstolen "kan diskriminering endast bestå i att olika bestämmelser tillämpas på jämförbara situationer eller att samma bestämmelser tillämpas på olika situationer". [27] Domstolen har redan uttalat att såväl vägran att anställa en gravid kvinna [28] som uppsägning av en kvinnlig arbetstagare på grund av hennes graviditet [29] utgör direkt diskriminering på grund av kön.

51. Den omtvistade danska bestämmelsen ger arbetsgivaren en möjlighet att tillfälligt undvara en gravid kvinnas arbetsprestationer, även om hon inte är arbetsoförmögen, om han anser att han inte kan fortsätta att ge henne arbete. Han har emellertid inte denna möjlighet i förhållande till en manlig arbetstagare som inte har förklarats vara arbetsoförmögen, och om båda kan och är villiga att arbeta är det endast kvinnans arbetsprestationer som kan undvaras under hennes graviditet.

En nationell bestämmelse med denna lydelse, genom vilken det införs en skillnad i behandlingen av kvinnliga och manliga arbetstagare, som inte är lediga från arbetet av medicinska skäl och som följaktligen är i stånd att arbeta, medför en direkt diskriminering som grundas på kön, som strider mot artikel 5.1 i direktiv 76/207, eftersom den antar ett kriterium för tillämpningen som består i ett tillstånd som endast kvinnor kan befinna sig i.

52. Jag anser av de skäl som jag just har redogjort för att tolkningsfrågan beträffande det sjätte fallet skall besvaras så, att likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, som fastslås i artikel 5.1 i direktiv 76/207, utgör hinder för en nationell bestämmelse som överlämnar åt arbetsgivaren att, när en anställd är gravid, men inte har förklarats vara arbetsoförmögen, skönsmässigt avgöra huruvida han kan fortsätta att ge den anställda arbete eller inte, varvid han endast är skyldig att betala henne halv lön under en period av högst fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln.

27 — Dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 30.

28 — Domen i det ovannämnda målet Dekker, fotnot 23.

29 — Domarna i de ovannämnda målen Habermann-Beltermann och Webb, fotnot 23.

## Förslag till avgörande

Mot bakgrund av vad som har anförts ovan föreslår jag att domstolen skall

1) Avvisa den av Sø- og Handelsretten underställda tolkningsfrågan såvitt avser det fjärde och det femte fallet.

2) Avge svar beträffande fallen 1—3 och 6 i samma tolkningsfråga, på följande sätt:

a) Principen om lika lön för kvinnor och män, som fastställs i artikel 119 i fördraget och klargörs i artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män utgör hinder för en nationell bestämmelse, i vilken det föreskrivs att arbetsgivaren — när en gravid kvinnas arbetsoförmåga, som styrks av ett läkarintyg, har samband med graviditeten — endast är skyldig att utbetala halv lön under en period av högst fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln, med tanke på att arbetsgivaren måste utbetala full lön till sina anställda, om det rör sig om en arbetsoförmåga som inte har något samband med graviditeten.

b) Artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör hinder för en nationell bestämmelse som överlämnar åt arbetsgivaren att, när en anställd är gravid, men inte har förklarats vara arbetsoförmögen, skönsmässigt avgöra huruvida han kan fortsätta att ge den anställda arbete eller inte, varvid han endast är skyldig att betala henne halv lön under en period av högst fem månader, dock tidigast tre månader före barnets födelse och senast tre månader efter födseln.