Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 21. februar 2013 [1]

Sagerne C-512/11 og C-513/11

Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN ry
mod
Terveyspalvelualan Liitto ry
og
Mehiläinen Oy
og
Ylemmät Toimihenkilöt YTN ry
mod
Teknologiateollisuus ry
og
Nokia Siemens Networks Oy

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Työtuomioistuin, Finland)

»Barselsorlov — direktiv 92/85/EØF — betingelser for at bevare fuld løn under barselsorlov — ligebehandling af mænd og kvinder — direktiv 2006/54/EF — forældreorlov — direktiv 96/34/EF — kollektiv overenskomst«

I – Indledning

1. I dommen i Kiiski-sagen har Domstolen fastslået, at det er i strid med EU-retten, når en kvindelig arbejdstager ikke må afbryde en børnepasningsorlov, som hun allerede har ansøgt om og fået bevilget, for at tage barselsorlov på grund af en ny graviditet [2].

2. Den foreliggende sag drejer sig om to finske arbejdstagere, som under en børnepasningsorlov [3] blev gravide og derpå tog barselsorlov. Ifølge finsk lovgivning har arbejdstagere under barselsorlov kun ret til en passende ydelse. De kollektive overenskomster, der finder anvendelse på de respektive ansættelsesforhold, foreskriver imidlertid også ret til bevarelse af lønnen under barselsorloven. Dette gælder dog kun på betingelse af, at barselsorloven ikke påbegyndes under en orlov uden løn, såsom en børnepasningsorlov.

3. I den foreliggende sag skal det derfor afklares, om en arbejdstager, der under en børnepasningsorlov gør brug af den ret til at gå over til barselsorlov, der ifølge Kiiski-dommen tilkommer hende, af EU-retten også kan udlede et krav på at bevare sin løn.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Dom af 20.9.2007, sag C-116/06, Sml. I, s. 7643.

3 — Finsk: »hoitovapaa«. Desuden findes der i Finland også en forældreorlov, på finsk: »vanhempainloma«.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

4. De EU-retlige rammer for det foreliggende tilfælde udgøres af Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer[4].

5. Direktivets artikel 11 bestemmer:

»[…]

2) I det tilfælde, der er omhandlet i artikel 8:

[...]

b) skal bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse sikres de i artikel 2 definerede arbejdstagere

[…]

3) Den ydelse, der er omhandlet i nr. 2), litra b), anses for passende, når den sikrer en indtægt, der mindst svarer til den, som den pågældende arbejdstager ville oppebære under sygeorlov, eventuelt inden for et loft fastsat i henhold til den nationale lovgivning.

4) Medlemsstaterne kan gøre retten til den løn eller ydelse, der er omhandlet i nr. 1) og nr. 2), litra b), betinget af, at arbejdstageren opfylder betingelserne for en sådan ret i henhold til den nationale lovgivning.

Det må under ingen omstændigheder kræves, at den pågældende skal have arbejdet mere end 12 måneder umiddelbart inden det for forventede fødselstidspunkt.«

6. Desuden er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv[5] relevant.

7. Direktiv 2006/54's artikel 2 indeholder følgende definitioner:

»1. I dette direktiv forstås ved:

a) »direkte forskelsbehandling«: at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation

b) »indirekte forskelsbehandling«: at en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige

[…]

4 — EFT L 348 af 28.11.1992, s. 1, herefter »direktiv 92/85«. I tidsmæssig henseende er det den i 2010 gældende affattelse af direktivet, der finder anvendelse, da de kvinder, der er berørt i hovedsagen, påbegyndte deres barselsorlov i det år.

5 — EUT L 204, s. 23, herefter »direktiv 2006/54«.

2. I dette direktiv omfatter forskelsbehandling:

[...]

c) enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet eller barselorlov som defineret i direktiv 92/85/EØF.«

8. Direktivets artikel 4 indeholder et forbud mod forskelsbehandling med hensyn til lønnen:

»For samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår. […]«

B – *Nationale retsforskrifter*

9. I henhold til bestemmelserne i kapitel 4, § 1, i työsopimuslaki [6] og kapitel 9 i sairausvakuutuslaki [7] har en arbejdstager ret til barselsorlov af en varighed på 105 hverdage og herefter forældreorlov af en varighed på 158 hverdage. Foruden disse rettigheder har en arbejdstager i medfør af kapitel 4, § 3, i työsopimuslaki ret til børnepasningsorlov, der kan vare, indtil barnet fylder 3 år.

10. Under barsels- eller forældreorlov modtager arbejdstageren dagpenge i henhold til loven om sygeforsikring. Under børnepasningsorlov udbetales der ikke dagpenge.

11. I henhold til kapitel 4, § 8, i loven om arbejdskontrakter er arbejdsgiveren ikke forpligtet til at betale arbejdstageren løn under førnævnte familieorlov.

12. § 21 i den kollektive overenskomst, der finder anvendelse mellem parterne i sag C-512/11, indeholder en bestemmelse, ifølge hvilken arbejdsgiveren under barselsorlov skal betale arbejdstageren fuld løn i 72 hverdage. Hvis en arbejdstagers nye barselsorlov begynder under en orlov uden løn, herunder under en børnepasningsorlov, betales den omhandlede løn ikke, hvis ikke andet fremgår af lovgivningen.

13. I henhold til § 8 i den kollektive overenskomst for højere funktionærer inden for teknologibranchen, der finder anvendelse mellem parterne i sag C-513/11, betales der under barselsorlov fuld løn for tre måneder. Den forelæggende ret henviser til, at det er aftalt mellem parterne i overenskomsten, at den kollektive overenskomsts § 8 skal fortolkes på samme måde som tilsvarende bestemmelser i kollektive overenskomster for branchens arbejdere og funktionærer. Ifølge retningslinjerne for disse bestemmelser gælder det, at hvis en ny barselsorlov påbegyndes under en forudgående familieorlov, har arbejdsgiveren ikke pligt til at betale løn under ny barsel. Dette er ifølge arbejdsgiveren også fast praksis med hensyn til bestemmelsen i den kollektive overenskomst for højere funktionærer.

14. Den fælles hensigt og faste praksis for parterne i en kollektiv overenskomst har ifølge den forelæggende ret betydelig vægt ved fortolkningen af en kollektiv overenskomst. Indholdet af en bestemmelse i en overenskomst må dog ikke være i strid med gældende lovgivning.

6 — Lov om arbejdskontrakter.

7 — Lov om sygeforsikring.

III – Den præjudicielle anmodning

15. Den præjudicielle anmodning i sag C-512/11 hviler på følgende faktiske omstændigheder: Sygeplejerske Noora Kultarinta har været ansat hos Mehiläinen Oy[8] i et tidsubegrænset ansættelsesforhold uden afbrydelse siden den 15. august 2008. Hun var efter sin første barselsorlov på børnepasningsorlov i perioden fra den 7. januar 2010 til den 11. april 2012. Noora Kultarinta blev igen gravid og meddelte sin arbejdsgiver, at hun afbrød sin børnepasningsorlov og gik på barselsorlov igen fra den 9. april 2010.

16. Noora Kultarinta anmodede med henvisning til den kollektive overenskomst for sundhedssektoren Mehiläinen om at betale hende fuld løn for 72 dage under barselsorloven. Arbejdsgiveren accepterede Kultarintas anmodning om afbrydelse af børnepasningsorlov, men nægtede med henvisning til en restriktion i den kollektive overenskomst at betale løn under barselsorloven.

17. I tvisten i hovedsagen har Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN ry[9] sagsøgt Terveyspalvelualan Liitto ry[10]. TSN har nedlagt påstand om, at Noora Kultarintas arbejdsgiver pålægges at betale hende 5 770,05 EUR med tillæg af renter i løn under barselsorlov.

18. Den præjudicielle anmodning i sag C-513/11 hviler på lignende faktiske omstændigheder: Arbejdstageren, Jenni Novamo, har været ansat hos selskabet Nokia Siemens Networks Oy siden den 6. juni 2005. Den 8. marts 2008 gik hun på barselsorlov og meddelte senere, at hun ville tage børnepasningsorlov i perioden fra den 19. marts 2009 til den 4. april 2011. I 2010 meddelte hun sin arbejdsgiver, at hun var gravid og ville afbryde børnepasningsorloven den 23. maj 2010 og påbegynde sin barselsorlov den 24. maj 2010.

19. Jenni Novamo krævede, at Nokia Siemens i henhold til den kollektive overenskomst, der fandt anvendelse, skulle betale hende løn i tre måneder under barselsorloven, fratrukket de sociale sikringsydelser, som i samme periode ville blive udbetalt. Med henvisning til praksis vedrørende anvendelse af den kollektive overenskomst nægtede Nokia Siemens Networks at betale løn under barselsorloven, idet den nye barselsorlov blev påbegyndt i en periode, hvor Jenni Novamo var på børnepasningsorlov uden løn.

20. I hovedsagen har Ylemmät Toimihenkilöt YTN ry[11] sagsøgt Teknologiateollisuus ry[12] og Nokia Siemens.

21. Työtuomioistuin[13], for hvilken begge retssager er indbragt, har besluttet at udsætte sagerne og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, som er det samme i begge sager[14]:

»Er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv samt Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har

8 — Herefter »Mehiläinen«.

9 — Arbejdstagerorganisation for sundheds- og socialvæsenet, herefter »TSN«.

10 — Arbejdsgiverorganisation for sektoren for sundhedstjenesteydelser.

11 — Organisation for højere funktionærer, herefter »YTN«.

12 — Arbejdsgiverorganisation for den teknologiske industri.

13 — Arbejdsretten.

14 — I sag C-513/11 står der ikke eksplicit i det præjudicielle spørgsmål, at det drejer sig om børnepasningsorlov uden løn, men dette fremgår af forelæggelsesafgørelsen.

født, eller som ammer, til hinder for sådanne bestemmelser i nationale kollektive overenskomster – eller fortolkningen af sådanne – ifølge hvilke en arbejdstager, der går på barselsorlov fra en periode med børnepasningsorlov uden løn, ikke betales løn under barsel i henhold til den kollektive overenskomst?«

22. I sagen for Domstolen har TSN i fællesskab med YTN, Teknologiateollisuus ry i fællesskab med Nokia Siemens, den finske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Europa-Kommissionen afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. Desuden har den spanske og den estiske regering deltaget i den skriftlige forhandling.

IV – Retlig vurdering

23. Med sin forelæggelsesafgørelse ønsker den forelæggende ret oplyst, om EU-retten er til hinder for en bestemmelse i en kollektiv overenskomst, henholdsvis en praksis vedrørende anvendelse af en kollektiv overenskomst, ifølge hvilken kvinder, som går direkte på barselsorlov efter en periode med børnepasningsorlov uden løn, ikke opnår den bevarelse af fuld løn, som ellers er fastsat i den kollektive overenskomst for perioden med barselsorlov.

24. Først skal der tages stilling til direktiv 92/85, som stiller særlige krav til beskyttelsen af gravide arbejdstagere og har forrang for bestemmelserne om ligebehandling af kvinder og mænd i erhvervslivet [15].

A – *Direktiv 92/85*

25. Der er åbnet for direktivets personelle anvendelsesområde. I henhold til dets artikel 2, litra a), forstås ved gravid arbejdstager: enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.

26. Egenskaben som arbejdstager blev heller ikke ophævet ved, at begge kvinderne havde børnepasningsorlov, før den omhandlede barselsorlov begyndte i 2010. Som Domstolen nemlig allerede har fastslået, taler intet for, at EU-lovgiver har ønsket at udelukke en arbejdstager fra barselsorlov, hvis vedkommende, på det tidspunkt, hun ønsker at gå på orlov, midlertidigt er fritaget fra sit arbejde, fordi hun har fået bevilget en anden orlov [16].

27. Desuden følger det af Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS [17], at ansættelsesforholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver er opretholdt under en forældreorlov [18]. Domstolen lagde i Kiiski-sagen til grund, at den finske børnepasningsorlov er en forældreorlov i direktiv 96/34's forstand, og at en finsk kvindelig arbejdstager er en arbejdstager i EU-rettens forstand under denne børnepasningsorlov og dermed også i forbindelse med anvendelsen af direktivet om barselsorlov.

28. I det følgende skal det derfor undersøges, om der af direktiv 92/85 kan udledes en ret til løn under barselsorlov.

29. I henhold til direktiv 92/85's artikel 11, nr. 2), litra b), skal det sikres kvinder, der er på barselsorlov, *at de bevarer lønnen og/eller oppebærer en passende ydelse*.

15 — Jf. direktiv 2006/54's artikel 28, stk. 2, nævnt ovenfor i fodnote 5.

16 — Kiiski-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 31.

17 — EFT L 145, s. 4.

18 — Kiiski-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 32.

30. I henhold til direktiv 92/85's artikel 11, nr. 3), anses en ydelse for passende, når den sikrer en indtægt, der mindst svarer til den, som den pågældende arbejdstager ville oppebære under sygeorlov [19]. Det skal sikres, at arbejdstagerne under barselsorlov oppebærer en indtægt af en sådan størrelse, uanset om indtægten i overensstemmelse med direktiv 92/85's artikel 11, nr. 2), litra b), har form af en ydelse, løn eller en kombination af begge dele [20].

31. 17. betragtning til direktivet fremhæver betydningen af en økonomisk sikring for, at barselsorloven kan fungere i praksis.

32. Alligevel følger det hverken af artikel 157 TEUF eller af direktiv 92/85's artikel 11, nr. 2) og 3), at arbejdstagere under deres barselsorlov har ret til fuld løn, som om de faktisk arbejdede ligesom andre arbejdstagere [21].

33. Med direktiv 92/85 ønskede EU-lovgiver nemlig som minimumsbeskyttelse [22] at sikre, at en arbejdstager under sin barselsorlov oppebærer indtægter mindst svarende til en passende ydelse. En bevarelse af retten til fuld løn indeholder direktivet derimod intet om [23].

34. De kollektive overenskomster, der finder anvendelse i hovedsagen, går ud over minimumsbeskyttelsen og fastsætter bevarelse af fuld løn under barselsorlov. Denne bevarelse forudsætter imidlertid i begge sagerne, at barselsorloven ikke påbegyndes under en orlov uden løn. Ifølge den finske regerings oplysninger modtog Noora Kultarinta og Jenni Novamo under deres barselsorlov derfor kun ydelser af en størrelse svarende til kravene i direktiv 92/85's artikel 11, nr. 2) og 3).

35. Det er uklart, om direktiv 92/85 forbyder en sådan betingelse med hensyn til en ydelse, der går ud over mindstekravene.

36. I henhold til direktiv 92/85's artikel 11, nr. 4), står det medlemsstaterne frit for at gøre retten til den løn eller ydelse, der er omhandlet i artikel 11, betinget af, at arbejdstageren opfylder betingelserne for en sådan ret i henhold til den nationale lovgivning [24]. Denne frihed må a fortiori gælde for arbejdsmarkedets parter, når de går videre end de mindstekrav, medlemsstaten sætter. Dette gælder i hvert fald, så længe disse betingelser ikke strider mod den øvrige EU-ret.

37. Også i Boyle-sagen skulle Domstolen afgøre, om det er tilladt at gøre ydelser under barselsorlov, der går ud over mindstekravene i direktiv 92/85, afhængige af en betingelse. I denne sag bestod den i overenskomsten aftalte betingelse i, at arbejdstageren for at bevare fuld løn under barselsorlov skulle forpligte sig til derpå at genoptage sit arbejde. I modsat fald var hun forpligtet til at tilbagebetale forskellen mellem den løn, hun havde oppebåret, og den statslige ydelse, hun ellers ville have krav på.

38. Domstolen fastslog, at en sådan betingelse er forenelig med direktiv 92/85, i det omfang de nævnte ydelser ikke er lavere end de mindstebeløb, direktivet kræver [25].

19 — I henhold til direktiv 92/85's artikel 11, nr. 3), eventuelt dog inden for et loft fastsat i henhold til den nationale lovgivning.

20 — Dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, præmis 33, af 21.10.1999, sag C-333/97, Lewen, Sml. I, s. 7243, præmis 22, og af 1.7.2010, sag C-194/08, Gassmayr, Sml. I, s. 6281, præmis 84.

21 — Jf. i samme retning dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 20, og af 30.3.2004, sag C-147/02, Alabaster, Sml. I, s. 3101, præmis 46, samt Gassmayr-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 82.

22 — Gassmayr-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 88.

23 — Gassmayr-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 86.

24 — Jf. dom af 1.7.2010, sag C-471/08, Parviainen, Sml. I, s. 6533, præmis 51.

25 — Dommen i sagen Boyle m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 36.

39. Mens arbejdstagerne i Boyle-sagen efter deres barselsorlov skulle genoptage arbejdet for ikke med tilbagevirkende kraft at miste retten til at bevare fuld løn, skulle arbejdstagerne i det foreliggende tilfælde have genoptaget deres arbejde umiddelbart før påbegyndelsen af barselsorloven for at bevare fuld løn. I begge tilfælde er bevarelsen af fuld løn altså knyttet til den betingelse, at arbejdstagerne går på arbejde; en gang *før* og en gang *efter* barselsorloven.

40. Domstolen har også i en senere afgørelse taget udgangspunkt i, at nationale bestemmelser frit kan fastsætte betingelser, så længe de ikke ligger under direktivets minimumsbeskyttelse [26].

41. I lyset af disse afgørelser er det min opfattelse, at direktiv 92/85's artikel 11 ikke er til hinder for de betingelser, som en bevarelse af lønnen i den foreliggende sag er underlagt, for så vidt som de ydelser, der gives uafhængigt af, om disse betingelser er opfyldt, lever op til kravene i direktiv 92/85's artikel 11, nr. 2), litra b), og artikel 11, nr. 3).

42. Den foreløbige konklusion bliver således, at direktiv 96/34 ikke er til hinder for, at der stilles betingelser for bevarelsen af løn, såsom de betingelser, der ligger til grund for den foreliggende sag.

B – *Direktiv 2006/54*

43. Betingelserne må dog ikke være i strid med andre regler inden for EU-retten. I denne forbindelse skal jeg først undersøge direktiv 2006/54, som den forelæggende ret spørger om.

44. Direktiv 2006/54's artikel 2, stk. 1, forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. I henhold til direktiv 2006/54's artikel 2, stk. 2, litra c), omfatter forskelsbehandling i dette direktivs forstand enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet eller barselsorlov.

45. Forbuddet mod forskelsbehandling får en særlig udformning i direktiv 2006/54's artikel 4, stk. 1. Dette stykke bestemmer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.

46. Da den ydelse, som arbejdsgiveren betaler på grundlag af en kollektiv overenskomst til en arbejdstager under dennes barselsorlov, hviler på ansættelsesforholdet, udgør den en løn som omhandlet i artikel 157 TEUF og i direktiv 2006/54's artikel 4, stk. 1 [27].

47. Ifølge fast retspraksis foreligger der forskelsbehandling, når der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller når den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer [28]. Antagelsen af en forskelsbehandling på grund af køn forudsætter altså, at de berørte arbejdstagere og deres mandlige kolleger befinder sig i sammenlignelige situationer, men er udsat for forskellig behandling.

26 — Gassmayr-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 90: Når nationale bestemmelser fastsætter et lønsystem, der er mere fordelagtigt end den minimumsbeskyttelse, der kræves i henhold til direktivet, udgør det ikke en tilsidesættelse af direktiv 92/85, hvis visse lønelementer mangler.

27 — Alabaster-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 44.

28 — Jf. dom i sagen Gillespie m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 16, i sagen Boyle m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 39, og Alabaster-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 45.

48. Domstolen har gentagne gange fastslået, at arbejdstagere under en barselsorlov befinder sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, som en mand eller kvinde, der arbejder normalt eller har sygeorlov, befinder sig i [29].

49. Den blotte kendsgerning, at en kvinde under en barselsorlov ikke bevarer fuld løn, udgør derfor ikke nogen forskelsbehandling i forhold til en mandlig arbejdstager, der arbejder normalt.

50. Dette betones også i udformningen af direktivet om barselsorlov, som netop ikke kræver nogen bevarelse af lønnen under barselsorlov, men anser betalingen af en social sikringsydelse for tilstrækkelig. Hvis princippet om ligebehandling krævede, at også arbejdstagere på barselsorlov bevarede fuld løn, ville direktivet selv være i strid med princippet om ligebehandling.

51. Det særlige træk ved det foreliggende tilfælde ligger imidlertid i, at arbejdstagere ifølge de kollektive overenskomster, der finder anvendelse, principielt har krav på at bevare lønnen, men at dette krav er udelukket, når arbejdstageren ved begyndelsen af barselsorloven er på børnepasningsorlov uden løn.

52. I det omfang der stadig er langt flere kvinder end mænd, der tager børnepasningsorlov, kunne der ligge en indirekte forskelsbehandling i det forhold, at det har negative konsekvenser at tage børnepasningsorlov [30]. Der foreligger en indirekte forskelsbehandling, såfremt en foranstaltning – selv om den er formuleret neutralt – indebærer, at langt flere kvinder end mænd faktisk behandles ugunstigt [31].

53. Bevarelsen af lønnen i hovedsagen vedrører kun kvinder på barselsorlov. Den bevilges udelukkende på grund af barselsorlov. På EU-rettens nuværende udviklingstrin kan mandlige arbejdstagere tage børnepasningsorlov, men ikke en »faderskabsorlov«, som kan sammenlignes med barselsorloven [32]. Heller ikke finsk ret kender til nogen sammenlignelig faderskabsorlov. Mænd kan derfor på forhånd ikke opnå den omhandlede bevarelse af lønnen. Derfor mangler der en sammenlignelig situation mellem kvindelige og mandlige arbejdstagere som betingelse for at antage, at der foreligger en forskelsbehandling på grund af køn. De betingelser, som er knyttet til bevarelsen af lønnen, kan følgelig ikke medføre en dårligere behandling af kvinder end af mænd.

54. Der kan højst blive tale om en dårligere behandling af en gruppe kvinder (arbejdstagere, som er på børnepasningsorlov, når de påbegynder barselsorloven) i sammenligning med en anden gruppe kvinder (arbejdstagere, som er i aktiv beskæftigelse, når de påbegynder barselsorloven). En sådan forskel skal imidlertid ikke bedømmes ud fra forbuddet om forskelsbehandling af mænd og kvinder.

55. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det ikke klart fremgår af Domstolens praksis, om og hvordan den etablerer den sammenligningsgruppe, der kræves for at bedømme en forskelsbehandling. Denne vurdering er jeg ikke enig i.

56. Det fremgår af retspraksis, at der sondres mellem to slags foranstaltninger: på den ene side tilkendelse til arbejdstagere af ydelser, som efter deres konkrete art eller størrelse er knyttet direkte til graviditet eller barsel, og på den anden side behandling af kvinder inden for rammerne af deres generelle stilling som arbejdstagere, som også ville kunne vedrøre en mandlig arbejdstager og blot finder sted i anledning af graviditet eller barsel.

29 — Jf. formuleringerne i dommen i sagen Gillespie m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 17, i sagen Boyle m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 40, og i Alabaster-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 46, samt dom af 8.9.2005, sag C-191/03, McKenna, Sml. I, s. 7631, præmis 50, og Parviainen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 40.

30 — Jf. Lewen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 35.

31 — Dom af 16.7.2009, sag C-537/07, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, Sml. I, s. 6525, præmis 54.

32 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 28.

57. Det sidstnævnte område omfatter f.eks. følgende omstændigheder: afvisning af en gravid kvindes ansøgning [33], nedsættelse af ydelser i forbindelse med en graviditetsbetinget sygdom [34], en arbejdstagers udelukkelse fra retten til at blive underkastet en årlig bedømmelse på grund af barselsorlov og dermed den hermed forbundne mulighed for forfremmelse [35], manglende hensyntagen til en barselsorlovsperiode ved adgangen til erhvervsmæssig opstigning [36], en forpligtelse for en kvindelig arbejdstager, der ønsker at vende tilbage til arbejdet fra en børnepasningsorlov, til at meddele, om hun er gravid [37], eller afskedigelse af en afløser for en gravid på grund af graviditet [38].

58. De foranstaltninger eller ydelser, det her drejer sig om, kan ramme enhver person i en stilling som arbejdstager, uafhængigt af dennes køn. Derfor kan en mand komme i betragtning som sammenligningsperson i disse tilfælde, også selv om Domstolen måske ikke har udtalt sig udtrykkeligt herom i alle afgørelserne.

59. Situationen er derimod en anden i de tilfælde, hvor det drejer sig om ydelser, som efter deres konkrete art eller størrelse er knyttet direkte til arbejdstagerens graviditet eller barsel. Som eksempler herpå kan nævnes lønnedgang på grund af overflytning til en anden stilling under graviditeten [39], eller at betaling af fuld løn under barselsorlov afhænger af en betingelse, som arbejdstageren skal opfylde [40]. Det drejer sig her om ydelser, der gives i direkte forbindelse med foranstaltninger til beskyttelse af de pågældende arbejdstagere på grund af graviditet eller barsel. En overflytning af en gravid arbejdstager til et mindre farligt arbejdssted eller en bevilling af barselsorlov har udelukkende til formål at beskytte de pågældende kvinder. Disse foranstaltninger og de dermed forbundne ydelser kan derfor udelukkende være rettet mod kvindelige arbejdstagere. Mandlige arbejdstagere kan principielt ikke oppebære en sådan ydelse, således at mandlige arbejdstagere ikke kommer i betragtning som sammenligningspersoner ved undersøgelsen af, om der foreligger en forskelsbehandling.

60. Denne bedømmelse er ikke i modstrid med Alabaster-sagen. I den sag fastslog Domstolen bl.a., at »[EF-]traktatens artikel 119 [nu artikel 157 TEUF] skal fortolkes således, at den kræver, at enhver lønforhøjelse, som er givet mellem begyndelsen af den periode, referencelønnen omfatter, og slutningen af barselsorloven, skal indgå som et af de lønelementer, der skal medtages ved beregningen af størrelsen af ydelsen under barselsorloven, forudsat at den ydelse, som den kvindelige arbejdstager modtager under sin barselsorlov, i det mindste delvis, fastsættes på grundlag af den løn, hun modtog inden barselsorlovens begyndelse« [41].

61. Det anførte afsnit af afgørelsen vedrører størrelsen af den løn, der betales under barselsorlov. Man kunne derfor mene, at det drejer sig om ydelser, som efter deres konkrete art eller størrelse er knyttet direkte til arbejdstagerens graviditet eller barsel. Sagen vedrører imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt der ved beregningen af den løn, arbejdstageren oppebærer under sin barselsorlov, skal tages hensyn til en lønforhøjelse, som hun ville have krav på, hvis hun *ikke* var på barselsorlov.

33 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941.

34 — McKenna-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29.

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

36 — Dom af 16.2.2006, sag C-294/04, Sarkatzis Herrero, Sml. I, s. 1513.

37 — Dom af 27.2.2003, sag C-320/01, Busch, Sml. I, s. 2041.

38 — Dom af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567.

39 — Parviainen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24.

40 — Dommen i sagen Boyle m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 20.

41 — Alabaster-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 50 og domskonklusionen.

62. Spørgsmålet, om en kvindelig arbejdstager kan få lønforhøjelse, vedrører hende inden for rammerne af hendes generelle stilling som arbejdstager. Også en mandlig arbejdstager ville kunne få lønforhøjelse. Den omtvistede behandling, her altså lønforhøjelsen, er *kønsneutral*. Det er kun *i forbindelse med* en barselsorlov, at spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages hensyn til en lønforhøjelse, rejser sig i Alabaster-sagen. Derfor er der tale om et eksempel på en sag, hvor mandlige arbejdstagere kommer i betragtning som sammenligningsgruppe.

63. Med hensyn til karakteren af foranstaltningen adskiller det foreliggende tilfælde sig også fra Kiiski-sagen. I den sidstnævnte var spørgsmålet, om en ny graviditet skulle give ret til at afbryde børnepasningsorloven. Mandlige og kvindelige arbejdstagere kunne afbryde eller afslutte børnepasningsorloven f.eks. på grund af et dødsfald eller en skilsmisse. Dette var kvindelige arbejdstagere afskåret fra, når grunden var graviditet. For så vidt som graviditet udgør en situation, der kan sammenlignes med de grunde, der tillader at afslutte en børnepasningsorlov, foreligger der en forskelsbehandling i forbindelse med graviditet og dermed på grund af køn.

64. Ifølge Domstolens argumentation i Kiiski-sagen var det afgørende, at direktiv 92/85 vil modvirke, at gravide arbejdstagere udsættes for en dobbeltbelastning. Denne dobbeltbelastning kan også indtræde under børnepasningsorloven i moderens sidste fase af graviditeten på grund af pasningen af det første barn. Domstolen fremhævede, at arbejdstagerne ikke må fratages de fordele, der er knyttet til barselsorloven i henhold til direktivet. Heraf kunne man ved første blik slutte, at heller ikke fordelen ved at bevare lønnen må fratages arbejdstagerne. I direktiv 92/85 er det dog netop ikke en bevarelse af lønnen, men derimod en passende ydelse, der er fastsat pligt til. Om der i henhold til konkrete bestemmelser i de kollektive overenskomster i visse tilfælde også betales en løn, der går ud over denne ydelse, ændrer intet ved, at direktivet anser den passende ydelse for tilstrækkelig. I Kiiski-sagen opnåede arbejdstagerne, fordi de blev nægtet at gå på barselsorlov, end ikke at modtage den passende ydelse.

65. Der foreligger derfor ikke nogen tilsidesættelse af direktiv 2006/54.

C – *Direktiv 96/34*

66. Den forelæggende ret har ikke eksplicit stillet spørgsmål om fortolkning af direktiv 96/34[42]. Da bevarelse af lønnen er udelukket, når arbejdstagerne er på børnepasningsorlov, gør en omfattende bedømmelse af EU-rettens krav det imidlertid også nødvendigt at undersøge dette direktiv eller rammeaftalen vedrørende forældreorlov.

67. I medfør af denne aftales § 2, stk. 1, bevilges der arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, individuel ret til forældreorlov i mindst tre måneder.

68. Det første spørgsmål er, om børnepasningsorloven efter finsk ret er en forældreorlov som omhandlet i direktiv 96/34, og om den foreliggende situation dermed overhovedet henhører under direktivets anvendelsesområde. Finland bevilger i første omgang en forældreorlov med løn i 158 arbejdsdage. I tilslutning til denne orlov kan man få børnepasningsorlov uden løn, som kan vare, indtil barnet fylder tre år. I de foreliggende hovedsager befinder kvinderne sig på en sådan børnepasningsorlov. Allerede den finske forældreorlov går tidsmæssigt ud over den minimumsvarighed for forældreorlov på tre måneder, som er fastsat i direktivet. Dette gælder a fortiori for børnepasningsorloven.

42 — Nævnt ovenfor i fodnote 17. Direktivets afløser, Rådets direktiv 2010/18/EU af 8.3.2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF, EUT L 68, s. 13, finder ikke tidsmæssig anvendelse på den foreliggende sag, jf. artikel 4: »Direktiv 96/34/EF ophæves med virkning fra den 8. marts 2012.« De omhandlede forældreorlover i den foreliggende sag lå før dette tidspunkt.

69. I Kiiski-sagen, som ligeledes vedrørte den finske børnepasningsorlov, havde Domstolen fastslået, at det ikke følger af de fremlagte sagsakter, at den omhandlede børnepasningsorlov ikke skulle være omfattet af de bestemmelser, der henhører under forældreorlovsordningen i rammeaftalen [43].

70. Svarende hertil har jeg i mit forslag til afgørelse i Chatzi-sagen lagt til grund, at også en forældreorlov, der går ud over minimumsorloven, i princippet henhører under anvendelsesområdet for direktiv 96/34 [44].

71. Med hensyn til orlovsdirektivet har Domstolen imidlertid for nylig fastslået, at den orlov, der går ud over minimumsorloven, ikke henhører under dette direktivs regler [45]. Hvis man overførte dette udsagn på forældreorlovsdirektivet, ville det medføre, at direktiv 96/34 kun gælder for de første tre måneder af en forældreorlov, mens ydelser, der går ud over dette, udelukkende er underlagt medlemsstaternes lovgivning. Efter min opfattelse savnes der stadig en omfattende og sammenhængende afklaring af spørgsmålet om, i hvilket omfang det gælder i forbindelse med direktiver, der kun opstiller minimumsbestemmelser, at ordninger i medlemsstaterne, der er gunstigere og går ud over direktivet, alligevel er underlagt dettes regler, eller om medlemsstaterne på dette ikke-obligatoriske område har fuld frihed ved udformningen.

72. Eftersom der, som det vil fremgå af det følgende, heller ikke ved anvendelsen af direktiv 96/34 kan udledes nogen forpligtelse til at bevare lønnen, er der ikke behov for nogen afklaring i det foreliggende tilfælde.

73. I den foreliggende kontekst kunne indledningsvis § 2, stk. 6, være relevant, som bestemmer, at erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører.

74. Af formålene med rammeaftalen vedrørende forældreorlov fremgår det, at udtrykket »erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve«, omfatter enhver rettighed eller fordel i penge eller naturalier, som arbejdstageren direkte eller indirekte som følge af arbejdsforholdet kan gøre krav på over for arbejdsgiveren på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden [46]. De ansættelsesrelaterede rettigheder er dem, som tilkom arbejdstageren på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden [47].

75. Rammeaftalens § 2, stk. 6, regulerer derimod ikke de ansættelsesrelaterede rettigheder og forpligtelser under forældreorloven, som det i henhold til § 2, stk. 7, tilkommer medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter at fastsætte [48].

76. Retten til at bevare lønnen under en barselsorlov er ikke arbejdstagerens »erhvervede rettighed« i disse bestemmelsers forstand. Lige fra begyndelsen har det nemlig fremgået af bestemmelserne i de kollektive overenskomster, at dette krav er udelukket netop for forældreorlovsperiodens vedkommende. Der foreligger derfor ikke nogen modsætning til § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov.

43 — Kiiski-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 20.

44 — Jf. herom mit forslag til afgørelse af 7.7.2010 i sag C-149/10, Chatzi, Sml. I, s. 8489, punkt 56.

45 — Dom af 24.1.2012, sag C-282/10, Dominguez, præmis 49: »Medlemsstaterne har således ret til at fastsætte, at retten til årlig betalt ferie, som indrømmes i den nationale lovgivning, varierer alt efter årsagen til arbejdstagerens fravær af helbredsmæssige årsager, på betingelse af, at denne altid er længere end eller svarer til den minimumsperiode på fire uger, som er fastsat i nævnte direktivs artikel 7.«

46 — Dom af 22.10.2009, sag C-116/08, Meerts, Sml. I, s. 10063, præmis 43.

47 — Domen i sagen Gómez-Limón Sánchez-Camacho, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 39.

48 — Dom i sagen Gómez-Limón Sánchez-Camacho, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 40.

77. Den nye affattelse af direktiv 96/34, henholdsvis af rammeaftalen [49], bestemmer i § 5, stk. 4, at for at sikre, at arbejdstagerne kan udøve deres ret til forældreorlov, træffer medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter de foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte arbejdstagerne mod mindre gunstig behandling eller afskedigelse som følge af ansøgning om forældreorlov eller som følge af selve orloven.

78. Da de omtvistede forældre- eller barselsorlover fandt sted i 2010, finder den nye affattelse af direktivet ikke tidsmæssig anvendelse på den foreliggende sag [50]. Direktiv 96/34 indeholder ikke nogen bestemmelse, der kan sammenlignes med den nye § 5, stk. 4 [51]. Efter min opfattelse har § 5, stk. 4, i den nye affattelse af direktivet imidlertid blot karakter af præcisering. Allerede under den gamle affattelse følger det af det generelle lighedsprincip, sådan som det også er knæsat i artikel 20 i chartret om grundlæggende rettigheder, at ingen må forskelsbehandles, fordi han udøver en rettighed – som her forældreorloven – som EU-retten giver ham.

79. Kvinder, der holder forældreorlov, og derfor ved overgang til barselsorlov ingen ret har til at bevare lønnen, er dog i realiteten ikke udsat for forskelsbehandling i forhold til kvinder, der bliver gravide, mens de er i aktiv beskæftigelse.

80. Der hersker allerede betydelig tvivl om sammenligneligheden af de to gruppers situation. En kvindelig arbejdstager, der allerede er på børnepasningsorlov uden løn, har et betydeligt mindre behov for en økonomisk kompensation under barselsorloven end en arbejdstager, som er i aktiv beskæftigelse, når hun bliver gravid. Den arbejdstager, der allerede er på børnepasningsorlov uden løn, har nemlig allerede indrettet sig på at være uden indkomst et stykke tid; hun rammes altså ikke af en uventet indkomstnedgang.

81. Til begrundelse for den omtvistede begrænsning af en bevarelse af lønnen har repræsentanterne for de sagsøgte gjort gældende, at denne begrænsning skal skabe et incitament til, at kvinder for et stykke tid igen vender tilbage til deres arbejdsplads, før de på ny er fraværende på grund af børn. I modsat fald kan flere på hinanden følgende forældreorlover eller barselsorlover føre til, at arbejdstagerne i mange år er uafbrudt fraværende fra arbejdspladsen.

82. Incitamenter til at vende tilbage til arbejdsmarkedet er et formål, der er i overensstemmelse med direktiv 96/34 – der i femte betragtning i indledningen selv anfører vigtigheden af en tilbagevenden til arbejdslivet – og er dermed legitime.

83. Foranstaltningen forekommer mig også nødvendig og forholdsmæssig i snæver forstand. Sjette betragtning til direktiv 96/34 fremhæver, at foranstaltninger til forening af arbejdsliv og familieliv bør tage hensyn til såvel virksomhedernes som arbejdstagernes behov.

84. Heller ikke af direktiv 96/34 kan der i en situation som den foreliggende således udledes nogen forpligtelse til en bevarelse af lønnen under barselsorlov.

49 — Direktiv 2010/18, nævnt ovenfor i fodnote 42.

50 — Jf. artikel 4 i direktiv 2010/18.

51 — § 2, stk. 4, i direktiv 96/34 behandler alene beskyttelsen mod afskedigelse.

V – Forslag til afgørelse

85. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålet fra den forelæggende ret således:

»Direktiv 92/85/EØF, 2006/54/EF og 96/34/EF er ikke til hinder for bestemmelserne i en national kollektiv overenskomst eller for en fortolkning af disse bestemmelser, ifølge hvilke en arbejdstager, der går fra en børnepasningsorlov uden løn over på barselsorlov, ingen ret har til den løn under barsel, der er aftalt i den kollektive overenskomst, og som er højere end de i de nationale bestemmelser om barselsorlov fastsatte betalinger.«