Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 9. juli 2020[1]

Sag C-463/19

Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle
mod
Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle,
Procesdeltager:
Mission nationale de contrôle et d'audit des organismes de sécurité sociale

(anmodning om præjudiciel afgørelse fra Conseil de prud'hommes de Metz (arbejdsretten i Metz, Frankrig))

(Præjudiciel forelæggelse – socialpolitik – direktiv 2006/54/EF – ligebehandling af mænd og kvinder – yderligere orlov i henhold til kollektiv overenskomst efter udløb af den lovfæstede barselsorlov – ingen ret til yderligere orlov for mandlige lønmodtagere – bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, navnlig for så vidt angår graviditet og barsel)

I. Indledning

1. I henhold til den franske kollektive overenskomst for ansatte i socialsikringsinstitutionerne kan varigheden af den lovfæstede barselsorlov forlænges i en yderligere periode. Denne yderligere orlov, der udelukkende er forbeholdt kvinder, kan have en varighed på halvanden måned med fuld løn, tre måneder med halv løn eller et år uden løn. Der er endvidere mulighed for under visse omstændigheder at forny den yderligere orlov i et år mere uden løn.

2. En fagforening har i hovedsagen indledt et søgsmål på vegne af en mandlig ansat ved en socialsikringsinstitution. Den ansatte, der er far til en lille pige, anmodede om denne yderligere orlov. Han blev meddelt afslag på det grundlag, at han var mand. Fagforeningen har ved den nationale domstol gjort gældende, at dette afslag er udtryk for forskelsbehandling.

3. Domstolen fastslog i 1984 i Hofmann-dommen, at en medlemsstat kan give kvinder yderligere barselsorlov, efter at den lovfæstede barselsorlov er udløbet[2]. I lyset af betydelige sociale og retlige ændringer gennem de seneste 40 år, herunder omfangsrig udvikling i de tilknyttede områder for socialret og -politik i EU, anføres der imidlertid i dette forslag til afgørelse, at der er behov for at fastsætte yderligere grænser for det oprindelige udgangspunkt i Hofmann-dommen. Det er tid til en opdatering.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. 24. betragtning til direktiv 2006/54/EF[3] har følgende ordlyd: »Domstolen har konsekvent anerkendt, at det er legitimt, for så vidt angår princippet om ligebehandling, at beskytte kvinder på grund af deres biologiske tilstand under graviditet og barsel såvel som via beskyttelsesforanstaltninger i forbindelse med barsel som et middel til at opnå reel ligestilling. Nærværende direktiv bør derfor ikke anfægte 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]. Dette direktiv bør heller ikke anfægte Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS«[5].

5. Artikel 1 i direktiv 2006/54 bestemmer følgende:

»Dette direktiv har til formål at sikre gennemførelsen af princippet om lige muligheder for og lige behandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv.

I det øjemed indeholder det bestemmelser til gennemførelse af princippet om ligebehandling for så vidt angår:

[…]

b) arbejdsvilkår, herunder løn

[…]«

6. Artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/54 definerer direkte forskelsbehandling med henblik på dette direktiv som en situation, hvor »en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation«.

7. I henhold til artikel 14, stk. 1, i direktiv 2006/54 gælder følgende: »Der må i den offentlige eller den private sektor, herunder offentlige organer, ikke finde direkte eller indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn, for så vidt angår:

[…]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse, samt løn, som omhandlet i traktatens artikel 141

[…]«

8. I henhold til artikel 28 i direktiv 2006/54 gælder følgende:

»1. Dette direktiv gælder med forbehold af bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og barsel.

2. Dette direktiv gælder med forbehold af bestemmelserne i direktiv 96/34/EF og direktiv 92/85/EØF.«

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 5.7.2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning) (EUT 2006, L 204, s. 23).

4 – EFT 1992, L 348, s. 1.

5 – EFT 1996, L 145, s. 4. Direktivet som ændret ved direktiv 97/75/EF (EFT 1998, L 10, s. 24).

B. Fransk ret

1. Lov om arbejdsforhold

9. Artikel L 1225-17 i Code du travail (herefter »lov om arbejdsforhold«) fastsætter de lovbestemmelser, der finder anvendelse for barselsorlov under normale omstændigheder:

»En kvindelig arbejdstager er berettiget til barselsorlov for en periode, der begynder at løbe seks uger forud for den forventede dato for fødsel og slutter ti uger efter denne dato.

Efter anmodning fra den kvindelige arbejdstager og med forbehold af en positiv udtalelse fra den sundhedsfaglige person, der overvåger graviditeten, skal perioden for suspension af ansættelseskontrakten, der begynder at løbe forud for den forventede dato for fødsel, nedsættes med maksimalt tre uger. Den periode, der ligger efter den forventede dato for fødsel, skal dernæst forlænges med en tilsvarende periode.

Såfremt en kvindelig arbejdstager har udsat en del af barselsorloven, indtil efter at barnet er født, og går fra efter aftale med en læge i den periode, der ligger forud for den forventede dato for fødsel, skal denne udsættelse afbrydes, og suspensionsperioden af ansættelseskontrakten skal nedsættes fra den første dag, hvor arbejdstageren går fra. Den periode, der oprindeligt er udsat, skal nedsættes med samme periode.«

10. Artikel L 1225-18 til L 1225-23 i lov om arbejdsforhold fastsætter varigheden af barselsorloven for forskellige specifikke omstændigheder.

2. Den nationale kollektive overenskomst for ansatte ved socialsikringsinstitutionerne

11. Afsnit L i Convention collective nationale de travail du personnel des organismes de sécurité sociale af 8. februar 1957 (den nationale kollektive overenskomst for ansatte ved socialsikringsinstitutionerne, herefter »CCN«) har overskriften »Barselsorlov«. Artikel 45 og 46 er omfattet af dette afsnit.

12. I henhold til artikel 45 i CCN er der ret til »løn under den lovfæstede barselsorlov for ansatte, der har mindst seks måneders anciennitet. Dette kan ikke kombineres med daglige ydelser, der skal betales til ansatte, der er forsikrede.

Denne orlov skal ikke tages i betragtning i forhold til retten til sygeorlov og kan ikke give anledning til nogen nedsættelse i længden på den årlige orlov.«

13. Artikel 46 i CCN har følgende ordlyd:

»Ved udløbet af den orlov, der er fastsat i den forudgående bestemmelse, er en kvindelig ansat, der selv opfostrer sit barn successivt berettiget til:

– tre måneders orlov med halv løn eller halvanden måneds orlov med fuld løn

– et års orlov uden løn.

Såfremt den ansatte imidlertid er en enlig kvinde, eller såfremt hendes ægtefælde eller samlever fratages hans eller hendes sædvanlige midler (invaliditet, langvarig sygdom, militærtjeneste), er hun berettiget til tre måneders orlov med fuld løn.

Efter udløb af den orlov, der er fastsat ovenfor, skal vedkommende genindsættes fuldstændigt i sin stilling.

Ordningens administrator kan undtagelsesvis give et yderligere års orlov uden løn. I sidstnævnte tilfælde kan den ansatte kun genindsættes med forbehold af ledige stillinger, som hun har fortrinsstilling til, enten inden for hendes organisation eller inden for en søsterorganisation med forbehold af bestemmelserne i artikel 16 ovenfor.

Såfremt nævnte orlov forlænges, kan ordningens administrator i særlige tilfælde give et formelt tilsagn om umiddelbar genindsættelse.

Orlov uden løn, der er omfattet af nærværende bestemmelse, har samme virkning som den orlov, der er fastsat i artikel 40 ovenfor, for så vidt angår bestemmelserne i den foreliggende overenskomst og pensionsordningen.«

III. De faktiske omstændigheder, forhandlingerne og det præjudicielle spørgsmål

14. Ved stævning af 27. december 2017 anlagde Confédération française des travailleurs chrétiens (det franske fagforbund for kristne lønmodtagere, herefter »CFTC«) for Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle (den lokale sygeforsikring i Moselle, herefter »CPAM«) et søgsmål ved Conseil de prud'hommes de Metz (arbejdsretten i Metz, Frankrig, herefter »arbejdsretten«) mod CPAM.

15. CFTC handler på vegne af en arbejdstager hos CPAM, som er en mandlig lønmodtager, der er far til en lille pige. Han havde ansøgt om den yderligere orlov[6], der er fastsat i artikel 46 i CCN. CPAM gav afslag på denne fordel, fordi denne ret alene er forbeholdt kvinder.

16. CFTC anmodede CPAM om at udvide artikel 46 i CCN, således at den omfattede mandlige ansatte. CPAM svarede, at »den ordrette anvendelse af artikel 46 fører til, at kontraktbaseret barselsorlov kun tildeles moderen (ordet »arbejdstager« er femininumsformen). Faderen er følgelig ikke berettiget til barselsorlov. Denne artikel er ikke udtryk for forskelsbehandling, for så vidt som artikel 46 er accessorisk i forhold til artikel 45, der kun tildeles kvinder. Eftersom en mand ikke er berettiget til at nyde fordel af artikel 45, kan han ikke nyde fordel af artikel 46«.

17. CFTC anmodede ved arbejdsretten om, at det blev fastslået, at afslaget fra CPAM om at tildele den ansatte orlov i henhold til artikel 46 i CCN ikke kunne gøres gældende, idet det var udtryk for forskelsbehandling, at tilpligte CPAM at betale et beløb på EUR 4 661,83 i erstatning til den ansatte og tilpligte CPAM at foretage en efterbetaling af løn for regnskabsåret 2016 ligesom til de ansatte i organisationen, der var omfattet af artikel 46 i CCN.

18. CPAM svarede, at arbejdsretten skulle fastslå, at ingen af CFTC's krav kunne antages til realitetsbehandling, og subsidiært fastslå, at afslaget fra CPAM om tildeling af den orlov, der er fastsat i artikel 46 i CCN, til den ansatte på ingen måde er udtryk for forskelsbehandling, og afvise de øvrige krav, der blev fremført af CFTC.

6 – En terminologisk bemærkning: Den franske regering og CPAM henviser til orlov i henhold til artikel 46 i CCN som en yderligere »barselsorlov«. CFTC henviser til den som en »congé d'éducation« (uddannelsesorlov). Eftersom dette terminologiske valg har betydning for sagens realitet, foretager jeg en neutral henvisning til orlov i henhold til artikel 46 i CCN, idet jeg kalder den »yderligere orlov« i dette forslag til afgørelse.

19. Conseil de prud'hommes de Metz (arbejdsretten i Metz, Frankrig) har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal direktiv 2006/54/EF, sammenholdt med artikel 8 [TEUF] og artikel 157 TEUF, de generelle EU-retlige principper om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling samt artikel 20, artikel 21, stk. 1, og artikel 23 i [Den Europæiske Unions] charter om grundlæggende rettigheder, fortolkes således, at direktivet fra sit saglige anvendelsesområde udelukker bestemmelserne i artikel 46 i [CCN], som forbeholder kvindelige ansatte i de nævnte institutioner, som selv passer deres børn, ret til en orlov i tre måneder med halv løn eller en orlov i halvanden måned med fuld løn og en orlov i et år uden løn efter barselsorloven?«

20. Der er indgivet skriftlige indlæg af CFTC, CPAM, den franske og den portugisiske regering samt af Europa-Kommissionen.

IV. Bedømmelse

21. Jeg vil i dette forslag til afgørelse først tage stilling til indsigelserne for så vidt angår Domstolens kompetence og spørgsmålet om, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål, der er blevet fremført af de interesserede parter, kan antages til realitetsbehandling (afsnit A). Jeg vil dernæst gå videre til fortolkningen af artikel 14, stk. 1, og 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, med henblik på at sætte den nationale domstol i stand til at foretage en vurdering af, hvorvidt artikel 46 i CCN er forenelig med disse EU-retlige bestemmelser (afsnit B).

A. Kompetence og formaliteten

22. CPAM har gjort gældende, at Domstolen savner *kompetence* i den foreliggende sag. CPAM har anført, at den forelæggende ret faktisk ønsker at opnå en »supranational ugyldighed« af de omhandlede nationale bestemmelser, og at forelæggelsen hverken omhandler fortolkningen eller gyldigheden af EU-retlige regler. CPAM har gjort gældende, at Domstolen savner kompetence til at efterprøve foreneligheden af nationale bestemmeler med EU-retten og fortolke national ret.

23. Det tilkommer med sikkerhed den forelæggende ret at nå den (eventuelle) formelle konklusion om uforeneligheden af nationale regler med EU-retten i den konkrete sag, der verserer sag ved den. Domstolen har imidlertid og har altid haft kompetence til at forsyne den nationale domstol med alle de EU-retlige fortolkningselementer, som kan sætte denne i stand til at bedømme, om nationale bestemmelser er forenelige med EU-retten[7].

24. Den franske regering har for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål *kan antages til realitetsbehandling*, fremhævet, at forelæggelsesafgørelsen ikke opfylder visse af kravene i procesreglementets artikel 94. Dette skyldes, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder en beskrivelse af de grunde, der fører den forelæggende ret til at rejse spørgsmålet, eftersom retten har indskrænket sig til at gengive parternes indlæg i hovedsagen. Den forelæggende ret har endvidere nævnt en række EU-retlige bestemmelser i det præjudicielle spørgsmål uden at give nogen forklaring på deres forbindelse til den foreliggende sag. Dette er tilfældet for så vidt angår artikel 8 TEUF og 157 TEUF samt for så vidt angår chartrets artikel 20, 21 og 23.

25. Jeg er enig med den franske regering i, at forelæggelsesafgørelsen er ganske kortfattet. Begge elementer, der er genstand for kritik fra denne regerings side, stammer imidlertid fra selve forelæggelsesafgørelsen. Den franske regering har imidlertid indledningsvis indrømmet, at henvisningen til og gengivelsen af de argumenter, der er blevet fremført af CFTC for så vidt angår

7 – Jf. eksempelvis dom af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

artikel 46 i CCN og dens forenelighed med direktiv 2006/54, gør grundene til, at den forelæggende ret anså det for nødvendigt at foretage den præjudicielle forelæggelse, ganske klare. Hovedformålet med det præjudicielle spørgsmål er endvidere fortolkningen af de relevante bestemmelser i direktiv 2006/54. Artikel 8 TEUF og 157 TEUF samt chartrets artikel 20, 21 og 23 nævnes kun som bestemmelser, *ud fra hvilke* den nationale domstol anmoder Domstolen om eventuelt at fortolke dette direktiv. Dette er på en måde en sædvanlig praksis, der næppe kræver meget i retning af argumentationsmæssig uddybelse.

26. I den foreliggende sag råder Domstolen følgelig efter min opfattelse over alle de nødvendige elementer med henblik på at give den forelæggende ret et nyttigt svar. De indsigelser, der er blevet rejst for så vidt angår Domstolens kompetence og spørgsmålet om, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, bør afvises.

B. Sagens realitet

27. Arbejdsretten ønsker oplyst, hvorvidt direktiv 2006/54 skal fortolkes således, at den yderligere orlov, der er fastsat i artikel 46 i CCN, er *udelukket* fra anvendelsesområdet for dette direktiv.

28. Såfremt dette spørgsmål skal fortolkes således, at det ønskes oplyst, hvorvidt den yderligere orlov i henhold til artikel 46 i CCN er omfattet af det (materielle) anvendelsesområde, da er jeg enig med Kommissionen i, at dette spørgsmål kan besvares på en ganske ligefrem måde. Artikel 46 i CCN fastsætter en yderligere orlov, der skal afholdes efter den lovfæstede barselsorlov. Det er følgelig åbenlyst, at betingelserne for at tildele denne orlov er omfattet af de ansættelses- og arbejdsvilkår, der nævnes i artikel 1, litra b), og artikel 14, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/54[8].

29. Ud fra den sammenhæng, som forelæggelsesafgørelsen optræder i, hvilket der endvidere klart hersker enighed om blandt samtlige af de interesserede parter, der har afgivet indlæg for Domstolen, er det, som den forelæggende ret ønsker oplyst, imidlertid, hvorvidt direktiv 2006/54 og navnlig direktivets artikel 14, stk. 1, og 28, stk. 1, skal fortolkes således, at disse bestemmelser er *til hinder* for en national bestemmelse såsom artikel 46 i CCN, der forbeholder kvindelige ansatte, efter den retligt fastsatte periode for barselsorloven, en yderligere orlov på halvanden måned med fuld løn, på tre måneder med halv løn eller på et år uden løn. Som Kommissionen er jeg derfor af den opfattelse, at det er nødvendigt at omformulere det præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag.

30. Jeg vil i forbindelse med besvarelsen af det således omformulerede spørgsmål indledningsvis gennemgå de gældende EU-retlige rammer (under 1). Jeg vil dernæst tage stilling til Hofmann-dommen (under 2) og den sociale og lovgivningsmæssige udvikling efter Hofmann-dommen (under 3). Jeg vil dernæst under hensyntagen til disse elementer foreslå en række begrænsende kriterier med henblik på fastlæggelsen af, hvorvidt en national foranstaltning er omfattet af undtagelsen om »graviditet og barsel« i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 (under 4). Jeg vil endelig fremkomme med nogle bemærkninger vedrørende anvendelsen af disse kriterier under den foreliggende sags omstændigheder, hvilket det i sidste ende tilkommer den nationale domstol at tage stilling til (under 5).

8 – Jf. tilsvarende for så vidt angår kvalificeringen af forældreorlov som et »arbejdsvilkår« som omhandlet i artikel 14, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/54, eftersom tildelingen af denne, »som gør det muligt for nybagte forældre at afbryde deres erhvervsmæssige aktiviteter for at hellige sig deres familiemæssige forpligtelser, har konsekvenser for de pågældende tjenestemænds udøvelse af erhvervsmæssige aktiviteter«, dom af 16.7.2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, præmis 45).

1. EU-retlige forskrifter

31. Artikel 14, stk. 1, litra c), i direktiv 2006/54 forbyder direkte forskelsbehandling i den offentlige eller den private sektor, herunder offentlige organer, på grund af køn, for så vidt angår ansættelses- og arbejdsvilkår. Disse arbejdsvilkår omfatter orlov, der tildeles i anledning af et barns fødsel.

32. Artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/54 definerer med henblik på dette direktiv direkte forskelsbehandling som en situation, hvor »en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation«.

33. Der hersker i den foreliggende sag ikke tvivl om, at artikel 46 i CCN fastsætter en mindre gunstig behandling for mandlige lønmodtagere. Den yderligere orlov, der gives i henhold til denne bestemmelse, er udtrykkeligt og udelukkende forbeholdt kvindelige ansatte.

34. Eftersom den foreliggende sag omhandler en situation med direkte forskelsbehandling, kan der ikke være nogen lovlig begrundelse, således som det er tilfældet med hensyn til indirekte forskelsbehandling i henhold til artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2006/54. Det må derfor stadig fastlægges, hvorvidt mandlige og kvindelige ansatte kan anses for at befinde sig *i en tilsvarende situation* med henblik på den omhandlede orlov.

35. Graviditet, fødsel og den periode, der ligger efter fødslen, er blevet anerkendt af Domstolen som situationer, hvor mænd og kvinder ikke befinder sig i en tilsvarende situation. For så vidt angår *barselsorlov* har Domstolen navnlig fastslået, at »arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, i en særligt sårbar situation, der nødvendiggør, at de får ret til barselsorlov […]«, og den har følgelig konkluderet, at kvinder under orloven ikke kan sidestilles med mænds situation eller med den situation, kvinder, der har sygeorlov, befinder sig i[9], eller med mænd eller kvinder, der arbejder normalt[10].

36. Det er i denne forbindelse, at artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 bestemmer, at direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særligt i forbindelse med graviditet og barsel. Artikel 28, stk. 2, bestemmer endvidere, at direktivet gælder med forbehold af bestemmelserne i direktiv 96/34[11] og direktiv 92/85, der regulerer henholdsvis retten til forældreorlov og de forskellige foranstaltninger til beskyttelse af ansatte, der er gravide, der for nylig har født, eller som ammer. Lovligheden af at beskytte en kvindes biologiske tilstand under graviditet og barsel og iværksættelsen af beskyttelsesforanstaltninger i forbindelse med barsel fremhæves endvidere i 24. betragtning til direktiv 2006/54 som et middel til at opnå reel lighed.

37. Der hersker på denne baggrund ingen tvivl om, at medlemsstaterne er berettiget til at give kvinder ret til barselsorlov på *mindst* 14 uger som fastsat ved artikel 8 i direktiv 92/85.

2. Hofmann-dommen

38. Den foreliggende sag omhandler en orlovsperiode, der supplerer den lovfæstede barselsorlov, der er fastlagt ved national lovgivning. I den foreliggende sag kan denne yderligere orlov variere fra halvanden måned til et år. Den kan endda forlænges til et år mere.

9 – Dom af 27.10.1998, Boyle m.fl. (C-411/96, EU:C:1998:506, præmis 40).

10 – Dom af 13.2.1996, Gillespie m.fl. (C-342/93, EU:C:1996:46, præmis 17), og af 14.7.2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, præmis 39).

11 – Dette direktiv blev ophævet ved og erstattet af 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 2010, L 68, s. 13). Sidstnævnte direktiv blev endvidere ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1158 af 20.6.2019 om balance mellem arbejdsliv og privatliv for forældre og omsorgspersoner og om ophævelse af Rådets direktiv 2010/18/EU (EUT 2019, L 188, s. 79). Gennemførelsesfristen for sidstnævnte direktiv løber fortsat, og dette direktiv finder ikke anvendelse under den foreliggende sags omstændigheder.

39. Spørgsmålet om yderligere orlov, der tildeles efter, at den (lovfæstede) barselsorlov er udløbet, har allerede været forelagt Domstolen i 1983 i Hofmann-sagen [12]. Både CPAM og den franske regering har påberåbt sig denne sag. Det er ubestridt, at Hofmann-dommen er af afgørende betydning i den foreliggende sag. Det er følgelig her på sin plads at foretage en detaljeret bedømmelse af denne dom.

40. Hofmann var en mandlig arbejdstager, der fik orlov fra hans arbejdsgiver uden løn med henblik på at tage sig af sit barn. Den på det pågældende tidspunkt gældende lovgivning i Tyskland gav ret til otte ugers lovfæstet barselsorlov for moderen, hvorefter der var mulighed for at gøre brug af en yderligere periode med barselsorlov, indtil barnet fyldte seks måneder, omfattet af en ydelse. Hofmann gjorde brug af muligheden for orlov fra hans arbejdsgiver i en periode svarende til den, der var omfattet af denne yderligere orlov – der begyndte efter udløbet af den otte ugers lovfæstede barselsorlov og endte den dato, hvor barnet fyldte seks måneder – mens moderen fortsatte sin ansættelse. Hofmann rejste et krav om betaling af de ydelser, der var tilgængelige for mødre i denne periode. Der blev meddelt afslag på det grundlag, at det kun var mødre, der havde ret til denne barselsorlov.

41. Domstolen afsagde dommen på grundlag af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207/EØF [13], der gik forud for den nugældende artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, der fastlagde en undtagelse om »graviditet og barsel«. Efter en gennemgang af den dagældende lovgivning fortsatte Domstolen med at bemærke, at formålet med direktivet »ikke er at regulere spørgsmål vedrørende familiens interne forhold eller at ændre opgavefordelingen mellem forældrene« [14].

42. Domstolen fastslog dernæst, at »direktivet her giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med »graviditet og moderskab«, hvorved det anerkendes, at det i forhold til lighedsgrundsætningen er berettiget at beskytte kvinder i to forbindelser. For det første er der tale om at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende. For det andet er der tale om at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udøver sit erhvervsarbejde og derved udsættes for en dobbeltbelastning« [15].

43. Domstolen fastslog i lyset af dette to-ledede kriterium (»Hofmann-kriteriet«), at principielt »må en forlænget barselsorlov, som tilkommer kvinden i fortsættelse af en lovbestemt barselsorlov, derfor betragtes som en foranstaltning, der er omfattet af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, da formålet er at beskytte kvinder, særligt i forbindelse med graviditet og moderskab. Ud fra dette synspunkt kan en sådan orlov lovligt forbeholdes moderen med udelukkelse af enhver anden person, da alene moderen kan udsættes for det uheldige pres, der ville følge af, at hun for tidligt skulle genoptage arbejdet« [16]. Domstolen fremhævede endvidere medlemsstaternes skønsmargin, som direktivet efterlod, for så vidt angår beskyttelsesforanstaltningernes art og de konkrete betingelser for deres gennemførelse i forbindelse med graviditet og barsel [17].

12 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

13 – Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 1976, L 39, s. 40). Artikel 2, stk. 3, blev til artikel 2, stk. 7, efter en ændring foretaget ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 (EFT 2002, L 269, s. 15).

14 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 24).

15 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 25).

16 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 26).

17 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 27).

3. Retsstillingen i kølvandet af Hofmann-dommen

44. Hofmann-dommen har været genstand for behandling i en række af Domstolens efterfølgende sager. Hofmann-kriteriet, der knytter undtagelsen om »graviditet og barsel« til kvinders biologiske tilstand og til det særlige forhold, der består mellem en kvinde og hendes barn, fortsætter således endvidere med at optræde i nyere retspraksis [18]. Hofmann-kriteriet har eksempelvis spillet en afgørende rolle i retspraksis i forbindelse med fastlæggelse af forskellen mellem forældreorlov og barselsorlov [19].

45. Dette betyder imidlertid ikke efter min opfattelse, at yderligere orlov, der tildeles kvinder efter den lovfæstede barselsorlov, automatisk uden videre skal anses for at være omfattet artikel 28 i direktiv 2006/54.

46. Hofmann-dommen tager ikke stilling til nogle af de begrænsende kriterier, der omhandler varigheden af den berettigede yderligere orlov. Den fastsætter tilsyneladende uden nogle udtrykkelige grænser kun de to grunde, der begrunder en sådan yderligere orlov. Betyder dette imidlertid, at en hvilken som helst yderligere orlov uanset dens varighed og udformning er begrundet?

47. De omhandlede nationale bestemmelser i Hofmann-dommen fastlagde en lovfæstet barselsorlov på kun otte uger. Den yderligere barselsorlov var begrænset frem til det tidspunkt, hvor barnet fyldte seks måneder. I den foreliggende sag blev det eksempelvis fastlagt, at den lovfæstede barselsorlov var seksten uger. Den yderligere orlov kan strække sig til maksimalt to år.

48. På et vist analyseniveau kan der således muligvis en smule mekanisk skelnes mellem disse to forskellige rammer. Otte uger plus seks måneder (eller reelt en smule mindre) er forskellig fra seksten uger plus potentielt indtil to år. En sådan tilgang til den foreliggende sag vil imidlertid næppe yde retfærdighed for de nugældende ændrede retlige og sociale rammer i Unionen.

49. Hofmann-dommen blev for det første afsagt på et tidspunkt, hvor der overhovedet ikke var nogen *harmonisering på det EU-retlige plan for så vidt angår barselsorlov og forældreorlov*. Den retlige udvikling i EU-retten på dette område siden da kan næppe overvurderes. Det brede skøn, som medlemsstater nyder for så vidt angår de beskyttelsesforanstaltninger, der skal træffes med hensyn til graviditet og barsel, der med sikkerhed har spillet en afgørende rolle i forbindelse med Domstolens bedømmelse i Hofmann-dommen [20], er blevet indskrænket betragteligt siden vedtagelsen af direktiv 92/85. Dette direktiv har fastlagt en ret til barselsorlov i en periode på mindst 14 uger forud for og/eller efter fødslen med en obligatorisk periode på 2 uger, et forbud mod afskedigelse under barselsorlov og specifikke rettigheder under ansættelsen, herunder bevarelse af lønnen og/eller retten til en passende ydelse [21].

50. Disse rettigheder er blevet forstærket yderligere ved direktiv 2006/54, der i artikel 15 bestemmer, at en kvinde på barselsorlov efter udløbet af barselsorloven har ret til at »vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for hende, og til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som hun ville have været berettiget til under sit fravær«.

18 – Jf. eksempelvis dom af 18.3.2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, præmis 34), af 19.10.2017, Otero Ramos (C-531/15, EU:C:2017:789, præmis 61), eller af 12.12.2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Pensionstillæg for mødre) (C-450/18, EU:C:2019:1075, præmis 56).

19 – Dom af 16.6.2016, Rodríguez Sánchez (C-351/14, EU:C:2016:447, præmis 44). Jf. endvidere dom af 14.4.2005, Kommissionen mod Luxembourg (C-519/03, EU:C:2005:234, præmis 32), og af 4.10.2018, Dicu (C-12/17, EU:C:2018:799, præmis 34).

20 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 27).

21 – Artikel 8-11 i direktiv 92/85. Jf. ligeledes for så vidt angår retten til barselsfordele for selvstændigt erhvervsdrivende kvinder artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/41/EU af 7.7.2010 om anvendelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i selvstændige erhverv og om ophævelse af Rådets direktiv 86/613/EØF (EUT 2010, L 180, s. 1), hvilket endvidere forudsætter en varighed på mindst 14 uger.

51. EU-lovgiveren og Domstolens praksis har for det andet i betydelig grad udviklet sig i retning af en anerkendelse af *lighed for mænd og kvinder i deres rolle som forældre*.

52. Siden 1990'erne har Domstolens praksis ofte gentaget, at situationen for erhvervsaktive mødre og fædre er sammenlignelig med hensyn til *forældreskab og børneopdragelse*[22]. Disse situationer omfatter eksempelvis behovet for, at mandlige og kvindelige ansatte nedsætter deres daglige arbejdstid med henblik på at passe deres børn[23], eller deres behov for at anvende børnedaginstitutioner, fordi de udøver en beskæftigelse[24].

53. Denne udvikling i retning af lighed mellem mandlige og kvindelige ansatte i deres forældrerolle forbedres stadigt af EU-lovgiveren gennem navnlig reglerne vedrørende retten til forældreorlov. Denne ret, der adskiller sig fra barselsorlov, og som kan nydes af både mænd og kvinder uden forskel, blev indført ved direktiv 96/34 med det formål bl.a. at fremme kvinders deltagelse i arbejdsstyrken[25] og tilskynde mænd til at påtage sig en lige så stor del af det familiemæssige ansvar[26]. Retten til forældreorlov er endvidere gradvist blevet ændret med henblik på at tilskynde mænd til at anvende denne mulighed ved direktiv 2010/18 samt ved det nylige direktiv 2019/1158, hvor EU-lovgiver konsekvent og gentagne gange har fremhævet behovet for at forstærke mænds rolle i forbindelse med forældreansvar[27]. Dette sidste direktiv har, idet det fremhæver den omstændighed, at ubalance i forholdet mellem arbejdsliv og privatliv mellem kvinder og mænd forstærker kønsbetingede stereotyper[28], endvidere indført en ret til fædreorlov på ti arbejdsdage[29].

54. Den grundlæggende karakter af beskyttelsen af ansatte i forbindelse med orlov, der er forbundet med fødslen og pasningen af deres børn, er endelig blevet »konstitutionaliseret«, eftersom chartrets artikel 33, stk. 2, bestemmer, at »[f]or at kunne forene familieliv og arbejdsliv har enhver ret til at være beskyttet mod afskedigelse på grund af graviditet og barsel samt ret til betalt barselsorlov og til forældreorlov efter et barns fødsel eller ved adoption af et barn«.

55. Det er i lyset af samtlige disse skridt min opfattelse, at det er vanskeligt at fastholde, at størstedelen af EU's sociallovgivning og retspraksis, der er fremhævet ovenfor, der delvist afspejler de gennemgribende sociale ændringer i Europa og endda delvist driver disse sociale ændringer, ikke har nogen ambition om i nogen grad at ændre den (traditionelle) opdeling af ansvaret mellem forældrene[30]. Dette sker måske ikke ved at erstatte en tradition med en anden, men derimod ved i det mindste nogen grad at forsøge at give forældrene et valg i forbindelse med disse beslutninger og ved så vidt muligt at fjerne de økonomiske incitamenter, der opretholder visse etablerede sociale konventioner i lovgivningen.

56. Set i en sådan ændret kontekst minder logikken og tanken bag Hofmann-dommen, såfremt de anskues ordret uden nogle yderligere grænser og præciseringer, i nogen grad om en bedstefar, der indbyder til en selskabelig sammenkomst med sine efterkommere, hvor samtlige af deltagerne, selv om de ganske vist i princippet holder af hinanden, føler sig underligt uforbundet med hinanden og egentlig ikke har meget at tale om.

22 – Som bemærket i mit forslag til afgørelse Instituto Nacional de la Seguridad Social (Pensionstillæg for mødre) (C-450/18, EU:C:2019:696, punkt 37 og 38) navnlig med henvisning til dom af 25.10.1988, Kommissionen mod Frankrig (312/86, EU:C:1988:485, præmis 14), af 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 56); af 26.3.2009, Kommissionen mod Grækenland (C-559/07, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:198, præmis 69), og af 16.7.2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, præmis 47).

23 – Dom af 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, præmis 24).

24 – Dom af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 30).

25 – Syvende generelle betragtning til rammeaftalen om forældreorlov i bilaget til direktiv 96/34.

26 – Ottende generelle betragtning til rammeaftalen om forældreorlov i bilaget til direktiv 96/34.

27 – Jf. 12. betragtning til direktiv 2010/18 og 6. og 12. betragtning til direktiv 2019/1158.

28 – 11. betragtning.

29 – 19. betragtning og artikel 4.

30 – Omvendt ovenfor, punkt 41.

4. Hofmann-dommens udvikling

57. Det er følgelig min opfattelse, at det er nødvendigt at foretage en betydelig opdatering i retning af at begrænse rækkevidden af Hofmann-dommen. Uden at drage tvivl om kernen i Hofmann-kriteriet, såfremt denne kerne skal defineres som en undtagelse på området for barsel, der fortolkes indskrænkende, kan det ikke fastholdes, at dette kriterium skal fortolkes således, at *enhver* orlovsperiode, der tildeles efter den lovfæstede barselsorlov, automatisk skal anses for en del af selve barselsorloven, der kan begrunde den fuldstændige udelukkelse af mandlige lønmodtagere.

58. Hofmann-kriteriet bør præciseres i to henseender. Forholdet mellem de to led af kriteriet skal for det første forklares nærmere (under a). Der skal for det andet gives yderligere vejledning for så vidt angår de elementer, der bør tages i betragtning af de nationale domstole med henblik på at tage stilling til, hvorvidt en yderligere orlovsperiode udgør en »beskyttelsesforanstaltning« for så vidt angår barsel, således at den er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 (under b).

a) To kriterier eller kun et?

59. *Hofmann-kriteriet* støtter sig på lovligheden af beskyttelsesformålet med en særlig foranstaltning. Dette formål kan siges at være to-ledet: For det første »er der tale om at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende«. Det er for det andet tilsvarende lovligt »at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udøver sit erhvervsarbejde og derved udsættes for dobbeltbelastning« [31].

60. Når det kommer til yderligere barselsorlov, der går videre end den lovfæstede barselsorlov, synes beskyttelsen af kvinders biologiske tilstand at miste sin relative relevans, mens kriteriet om det »særlige forhold mellem moderen og barnet« træder i forgrunden som egnet til at begrunde næsten enhver supplerende orlovsperiode, der udelukkende forbeholdes kvinder.

61. Efter min opfattelse skal navnlig dette andet element af Hofmann-kriteriet imidlertid fortolkes varsomt og anvendes restriktivt, således at det ikke bliver en selvopfyldende profeti. Ved anvendelsen af undtagelsen for barsel og graviditet i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 på fravær i forbindelse med orlov gælder navnlig, at jo længere børn får lov til udelukkende at være hos deres mor, jo stærkere bliver dette »særlige« forhold, hvilket yderligere legitimerer den retlige udelukkelse af fædre fra yderligere orlovsperioder [32]. Der bør fremhæves to yderligere elementer i denne forbindelse.

62. Undtagelsen om »barsel« i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 er for det første netop en undtagelse. Den skal følgelig fortolkes indskrænkende [33]. Som jeg har bemærket andetsteds, vedrører begrebet barsel den specifikke biologiske realitet, der gør kvinder og mænd usammenlignelige, og disse indskrænker ikke kun *ratione materiae* formålet om denne særlige beskyttelse: *Barsel* skal fortolkes snævert og kan ikke ligestilles med de mere generelle begreber *moderskab* eller *forældreskab* [34].

31 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 25).

32 – Jf. et kritisk syn på Hofmann-dommen E. Ellis and P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, på s. 398. Jf. tillige en akademisk kritik af Hofmann-dommen i denne forbindelse, M. De la Corte-Rodríguez, *EU Law on Leave and Other Child Related Leaves: Impact on Gender Equality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, s. 236.

33 – Dom af 15.5.1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, præmis 44).

34 – Jf. mit forslag til afgørelse Instituto Nacional de la Seguridad Social (Pensionstillæg for mødre) (C-450/18, EU:C:2019:696, punkt 48).

63. Den seneste retspraksis har for det andet tydeliggjort, at der ikke kan tages særskilt stilling til de to led af kriteriet, der anvendes i Hofmann-dommen, hver for sig som to forskellige og uforbundne tilfælde, der begrunder anvendelsen af artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54. De går tværtimod snarere hånd i hånd. Denne retspraksis synes endvidere at give en vis forrang for det beskyttelsesformål, der vedrører kvinders *biologiske tilstand*.

64. Der gives i dommen i Roca Álvarez-sagen allerede udtryk for, at beskyttelsen af det særlige forhold mellem mor og barn ikke skal tages for givet som begrundelse for anvendelsen af undtagelsen om »barsel«, når det kommer til bedømmelsen af foranstaltninger vedrørende orlov kort efter, at barnet er blevet født. Denne sag omhandlede orlov, der kunne tages på forskellige måder i løbet af de første ni måneder efter, at barnet er blevet født, af mødre eller fædre, der er lønmodtagere, men kun såfremt moderen ligeledes selv er lønmodtager.

65. Domstolen fastslog, at det sidste kriterium var udtryk for forskelsbehandling. Den fastslog, at den omstændighed, at udviklingen i den nationale lovgivning havde gjort tildelingen af denne orlov (bedre kendt i Spanien som »ammeorlov«) uafhængig af den naturlige amnings biologiske omstændighed, betyder, at foranstaltningen ikke kan opfattes således, at den skal sikre beskyttelsen af kvindens fysiske tilstand under graviditeten. Den fastslog endvidere, at den omstændighed, at orloven stod åben som en mulighed for fædre (selv under forskellige betingelser end for mødre), var til hinder for konklusionen om, at orloven havde til formål at sikre beskyttelse af det særlige forhold mellem mor og barn [35].

66. Et andet eksempel, der viser, at kriteriet vedrørende beskyttelsen af den særlige forbindelse mellem moderen og hendes barn ikke kan løsrives fra beskyttelsen af kvindens tilstand efter fødslen, er D.-dommen. I denne dom fastslog Domstolen, at »en arbejdstager i sin egenskab af den sociale mor til et barn, som hun har fået via en surrogataftale, ikke [er] omfattet af anvendelsesområdet for artikel 8 i direktiv 92/85, selv ikke når hun kan amme barnet efter fødslen, eller når hun faktisk ammer barnet« [36]. Retten til barselsorlov i henhold til direktiv 92/85 synes følgelig frem for alt tilknyttet formålet om at beskytte »barnets mors helbred i den særligt sårbare situation, hun befinder sig i som følge af hendes graviditet«, og selv om Domstolen har fastslået, at barselsorlov endvidere har til hensigt at sikre, at det særlige forhold mellem en kvinde og hendes barn beskyttes, »vedrører dette formål kun perioden »efter graviditeten og fødslen«« [37].

67. Sammenfattende foreslås det følgelig, at der foretages en to-ledet præcisering af Hofmann-dommen. De to elementer, der nævnes i Hofmann-dommen, bør for det første ikke fortolkes som to uafhængige »kriterier«, men derimod som to sider af den samme sag. Beskyttelsen af det særlige forhold mellem mor og barn kan ikke i sig selv og uafhængigt af de objektive behov, der er knyttet til kvinders biologiske tilstand for kvinder, begrunde enhver forlænget orlovsperiode, der supplerer den lovfæstede barselsorlov. Enhver yderligere orlov, der tildeles ud over den lovfæstede barselsorlov, er for det andet som enhver anden påberåbelse af undtagelsen om »barsel« genstand for en streng fortolkning.

35 – Det kan tilføjes, at det argument, der er blevet fremført af den spanske regering i denne sag, hvorefter moderen var den eneste, der havde ret til orloven, og hvorefter faderen kun havde en »afledt ret« (uden selv at være indehaveren af denne rettighed), blev endvidere forkastet af Domstolen. Domstolen fastslog, at dette argument kunne opretholde den traditionelle kønsrollefordeling ved at tildele mænd en sekundær rolle i forhold til kvinder for så vidt angår forældreskabet. Dom af 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, præmis 29-31 og 36).

36 – Dom af 18.3.2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, præmis 40). Den filosofi, der ligger til grund for denne dom, synes at afvige fra ældre domme, hvor tilstanden som kvinde blev tillagt særlig vægt. Jf. i en anden sammenhæng dom af 26.10.1983, Kommissionen mod Italien (163/82, EU:C:1983:295, præmis16).

37 – Dom af 18.3.2014, D. (C-167/12, EU:C:2014:169, præmis 35 og 36).

68. Dette anføres alt sammen, uden at der skal sås tvivl om den omstændighed, at små børn har behov for særlig omsorg og beskyttelse, og at der generelt består et særligt bånd med deres mor. Imidlertid fører ligebehandlingsprincippet til, at lovgivningen giver enhver familie mulighed for at *vælge*, hvorledes ansvaret for og opfostringen af et barn skal deles i den *periode, der ligger efter barselsorloven*. Det er med andre ord »muligt for lovgivningen at beskytte en mor og et barn med den samtidige erkendelse af, at efter en vis periode kan og bør den moderlige omsorg i den periode, der ligger efter fødslen, udvikle sig til et spørgsmål om den ene eller den andens forældreskab« [38].

b) De elementer, der skal tages stilling til

69. Målsætningen om at beskytte kvinders biologiske tilstand og det særlige forhold mellem mor og barn, således som det fortolkes i det forudgående afsnit i dette forslag til afgørelse, forbliver følgelig udgangspunktet. Hvilke elementer bør da tages i betragtning, når der skal foretages en bedømmelse af, hvorvidt en foranstaltning egentlig er en beskyttelsesforanstaltning, der reelt er forbundet med en sådan målsætning?

70. Når nationale domstole tager stilling til, hvorvidt yderligere orlovsperioder, der tildeles efter fødslen af et barn, kan forbeholdes kvinder på grundlag af artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, bør de gå videre end selve deres betegnelse. Enhver yderligere orlovsperiode, der benævnes »forlænget barselsorlov«, kan lovligt udelukkende forbeholdes kvinder ved generelt at påberåbe sig det særlige bånd mellem mor og barn. Nationale domstole skal følgelig tage stilling til samtlige objektive elementer af en sådan yderligere orlov vedrørende navnlig i) betingelserne for retten til denne orlov, ii) dens varighed og de nærmere regler for nydelsen og iii) den retlige beskyttelse, der er knyttet til denne orlovsperiode.

71. Hvad for det første angår *betingelserne for retten* hertil er de elementer, der kan tages i betragtning af de nationale domstole i henhold til denne overskrift eksempelvis, hvorvidt orloven tildeles uden nogle forudgående krav for så vidt angår tjenesteperioder, hvorvidt orloven som udgangspunkt gives til alle kvinder, eller hvorvidt der kan anmodes om den på forhånd ved underretning til arbejdsgiveren og med forbehold for godkendelse, eller hvorvidt der er yderligere betingelser knyttet til forpligtelserne til at vende tilbage til arbejdet. Betingelserne af denne art indfører overvejelser, der ikke vedrører beskyttelsesformålet med denne supplerende orlov. De tyder på, at den yderligere orlovsperiode ikke per se er forbundet med målsætningen om at beskytte kvinders biologiske tilstand og det særlige forhold mellem mor og barn, eftersom undladelsen af at opfylde disse betingelser kan fratage kvinder, hvis biologiske tilstand og særlige forhold til deres børn er tilsvarende værd at beskytte, nydelsen af denne orlov.

72. Hvad for det andet angår *varigheden og de nærmere regler for nydelsen af* orloven skal der tages visse kriterier i betragtning, der eksempelvis omfatter fleksibilitet i den måde, som orlov kan tages på (efter en periode hvor vedkommende har været tilbage på arbejde eller på deltidsbasis), eller muligheden for at vælge orlovsperioder af forskellig varighed. Disse muligheder for fleksibilitet vil navnlig indikere en mindre forbindelse til det formål, der er nævnt ovenfor, ligesom en relativ varighed af den orlov, der i væsentlig grad går videre end den lovfæstede barselsorlov, der generelt finder anvendelse.

73. Hovedelementet under denne overskrift er naturligt selve længden. EU-lovgiver har anerkendt, at medlemsstaterne har en skønsmargin i forbindelse med fastlæggelsen af barselsorlovens længde. I henhold til artikel 8 i direktiv 92/85 er den orlovsperiode, der skal tildeles forud for og efter fødslen *mindst* 14 uger. Som den franske regering med rette har bemærket, er den omstændighed, at lovgivningen tildeler kvinder barselsorlov på mere end 14 uger, ikke til hinder for, at denne orlov

38 – S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2002, s. 219.

anses for at være en barselsorlov som nævnt artikel 8 i direktiv 92/85 [39]. Domstolen har på dette grundlag fastslået, at perioder, der går videre end de obligatoriske 14 uger, som eksempelvis en periode på 16 uger i Spanien, hvilket var genstand for dommen i Betriu Montull-sagen, »har til formål at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen« [40].

74. Det tilkommer selvsagt ikke Domstolen at fastlægge et fast antal uger eller måneder. Spørgsmålet om barselsorlovens længe er således trods alt et kompliceret politisk spørgsmål, hvor der hersker store nationale forskelle [41], og hvor selv Unionens institutioner har anført, at en periode på 14 uger er for kort [42]. Dette bør imidlertid ikke føre til, at enhver orlovsperiode forbeholdes mødre på fædres bekostning alene på grundlag af det særlige forhold mellem mor og barn, når det objektive behov for biologisk beskyttelse af kvinder er væk. En tommelfingerregel er følgelig, at jo længere perioden er, desto sværere vil det være at begrunde kun at forbeholde kvinder denne adgang til yderligere orlov.

75. For så vidt angår den *retlige beskyttelse*, der er knyttet til denne orlov, er spørgsmålet for det tredje i det væsentlige, hvorvidt denne beskyttelse svarer til den minimumsbeskyttelse, der er sikret ved EU-retten gennem den lovfæstede barselsorlov.

76. Foranstaltninger, der er omfattet af artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, er nødvendigvis »bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder«. Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at beskyttelse af kvinder gennem barselsorlov har været genstand for harmonisering i direktiv 92/85 og 2006/54 [43]. Uanset den skønsmæssige margin for medlemsstaterne til at fastsætte længere perioder med barselsorlov kan disse længere perioder kun udelukkende forbeholdes kvinder i henhold til artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, såfremt de rettigheder, der gives kvinder i løbet af disse perioder, ud over de elementer, der er fremhævet ovenfor, opfylder den minimumsbeskyttelse, der er krævet i EU-retten på området for barselsorlov.

77. Ud over at barselsorlov blev anerkendt som en ren undtagelse til ligebehandlingsprincippet, anerkendes den som en rettighed og kan følgelig siges at udgøre et element af reel lighed. Direktiv 92/85 (sammen med artikel 15 i direktiv 2006/54) fastlægger med henblik herpå de minimumskrav, som en foranstaltning som eksempelvis en barselsorlovsperiode skal opfylde med henblik på at kunne anses for en »beskyttelsesforanstaltning«.

78. Yderligere orlovsperioder, der går videre end varigheden af den lovfæstede barselsorlov, men som ikke sikrer denne minimumsbeskyttelse, kan næppe anses for »beskyttelsesforanstaltninger« i forbindelse med barsel. Udvidede orlovsperioder, der udelukkende forbeholdes kvinder, der ikke er ledsaget af retten til at bevare lønnen eller en passende ydelse, eller som ikke yder beskyttelse mod afskedigelse eller sikrer, at kvinden kan vende tilbage til en stilling, der svarer til den, som hun bestred forud for orloven, ville uløseligt pålægge kvinder en dobbelt byrde. Eftersom det for det første kun er mødre, der vil kunne drage fordel af en sådan orlov under generelt mere gunstige betingelser end den forældreorlov, der i sidste ende er til rådighed for fædre, kan de føle sig tvunget til yderligere at udsætte det tidspunkt, hvor de vender tilbage deres arbejde. En udvidet orlov, der ikke ledsages af de minimumsgarantier, der er nævnt ovenfor, fører for det andet ikke alene til en forringelse af den økonomiske stilling for kvindelige lønmodtagere, men bringer endvidere deres rettigheder og beskyttelse i forbindelse med, at de vender tilbage til arbejdsmarkedet, i fare, hvilket følgelig underminerer ligebehandlingsprincippet.

39 – Dom af 16.6.2016, Rodríguez Sánchez (C-351/14, EU:C:2016:447, præmis 46), der henviser til dom af 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, præmis 45 og 46).

40 – Dom af 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, præmis 63 og 64). Jf. imidlertid generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:230, punkt 71 og 72).

41 – Som illustration jf. eksempelvis A. Koslowski, S. Blum, I. Dobrotić, A. Macht og P. Moss (2019) *International Review of Leave Policies and Related Research 2019*. Findes på: https://www.leavenetwork.org/annual-review-reports/

42 – Jf. eksempelvis det (opgivne) forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af Rådets direktiv 92/85/EØF (KOM(2008)600/4), hvor Kommissionen foreslog at udvide minimumslængden for barselsorloven fra 14 til 18 uger.

43 – Med de rettigheder, der er fastsat ovenfor i punkt 49 og 50 i dette forslag til afgørelse, der er knyttet til denne periode.

79. Ud over diskussionen om artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 kan direktivets artikel 3, der i overensstemmelse med artikel 157, stk. 4, TEUF tillader, at en medlemsstat anvender foranstaltninger til positiv særbehandling, endelig ikke føre til en anden konklusion. Man kan kun erindre sig Domstolens praksis i tilsvarende sager: At forbeholde kvinder udvidede orlovsperioder med henblik på at give dem mulighed for at opfostre deres børn (selv uden at benægte det særlige forhold mellem mor og barn) sikrer på ingen måde fuldstændig lighed i praksis mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet og opretholder i stedet en traditionel kønsrollefordeling mellem mænd og kvinder ved at tildele mænd en sekundær rolle i forhold til kvinder for så vidt angår forældreskabet [44].

80. Sammenfattende skal en yderligere orlovsperiode med henblik på at være omfattet af artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 reelt være knyttet til den fælles målsætning om fastsættelsen af beskyttelsesforanstaltninger, der er tilknyttet kvindens biologiske tilstand efter fødslen og hendes særlige forhold til barnet, under hensyntagen til bl.a. i) betingelserne for retten til orloven, ii) længden og de nærmere regler for nydelsen af en sådan orlov og iii) den retlige beskyttelse, der er knyttet til den.

5. Den foreliggende sag

81. Den franske regering og CPAM har, idet de har påberåbt sig Domstolens konklusioner i Hofmann-dommen [45], gjort gældende, at artikel 46 i CCN er omfattet af undtagelsen i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54. Den franske regering har navnlig gjort gældende, at den orlov, der er fastsat i artikel 46 i CCN, er blevet udtænkt af arbejdsmarkedets parter som en yderligere barselsorlov og ikke som en orlov, der er bestemt til at sikre uddannelsen af børn, og som kan tages af den ene eller den anden forældre.

82. Dette følger for det første af ordlyden af artikel 46 i CCN, der betragtes som udvidelsen af den barselsorlov, der er fastsat i artikel 45 i CCN. Den franske regering har anført, at både artikel 45 og 46 i CCN skal anses for en enkelt orlovsperiode, af en længere varighed, der er mere gunstig for kvindelige arbejdstager, og hvilket er i overensstemmelse med kravene i direktiv 92/85. Det kan ud fra den supplerende karakter af de to orlovsperioder udledes, at arbejdsmarkedets parter har ønsket at beskytte kvinders biologiske tilstand i den periode, der ligger efter graviditet, af en varighed, der er længere end den retlige orlovsperiode, således at de får mulighed for at vende tilbage til arbejde, så snart deres sårbare situation er ophørt definitivt.

83. Den franske regering har for det andet gjort gældende, at bestemmelserne i CCN drager en klar grænse mellem de forskellige former for orlov (barsels-, fædre-, adoptionsorlov), og at artikel 46 er placeret under et kapitel, der bærer overskriften »barselsorlov«. Denne regering har endelig fremhævet, at denne konklusion er blevet bekræftet ved en dom fra Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig) [46]. I denne dom anføres det, at orloven i artikel 46 i CCN har til formål at beskytte det særlige forhold mellem kvinden og hendes barn i perioden efter graviditet og fødsel.

84. Den franske regering har endvidere for det tredje i en ganske vist anden sammenhæng i Thibault-dommen bemærket, at Domstolen allerede har betragtet dette som en barselsorlov [47].

85. CFTC, den portugisiske regering og Kommissionen har omvendt i det væsentlige gjort gældende, at direktiv 2006/54 skal fortolkes således, at en bestemmelse som artikel 46 i CCN udgør forskelsbehandling.

44 – Jf. i denne retning dom af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 41), af 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, præmis 36), og af 16.7.2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, præmis 50).

45 – Dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273).

46 – Dom af 21.9.2017, nr. 16-16246, FR:CCASS:2017:SO01962.

47 – Dom af 30.4.1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, præmis 12).

86. CFTC har navnlig gjort gældende, at artikel 46 i CCN ikke er knyttet til fysiologiske betragtninger vedrørende moderen i modsætning til artikel 45 i CCN, der nævner de 16 ugers lovfæstede barselsorlov. CFTC har derimod gjort gældende, at formålet med orloven i artikel 46 i CCN er at give moderen mulighed for at opfostre barnet. CFTC fremhæver endvidere, at artikel 46 i CCN giver 3 måneder med fuld løn, i det omfang moderen selv opfostrer barnet, eller så længe hendes partner er frataget midler. Disse betragtninger er heller ikke forbundet med kvinders fysiologiske tilstand. Det er følgelig CFTC's opfattelse, at CPAM's anvendelse af artikel 46 i CCN udgør forskelsbehandling, eftersom mandlige og kvindelige arbejdstagere, fædre eller mødre har samme ansvar for at uddanne deres børn [48].

87. Kommissionen har gjort gældende, at den orlov, der er fastsat i artikel 46 i CCN svarer til en forældreorlov. Den har endvidere fremhævet, at bestemmelserne, der forbeholder kvinder en forældreorlov, har en dobbelt skadevirkning. De lægger på den ene side en byrde på kvinder til at afbryde deres karrierer i lang tid for at opfostre børn med de velkendte konsekvenser (langsommere karrieremæssig fremgang, lavere lønninger og som følge deraf lavere pensionsrettigheder). De afskærer på den anden side fædre fra at indtage en rolle ved opfostringen af deres børn og opretholder følgelig de traditionelle kønsroller.

88. Såfremt Domstolen skulle følge den tilgang, der foreslås i dette forslag til afgørelse, ville det tilkomme den forelæggende ret at foretage bedømmelsen for så vidt angår de kriterier, der er fremhævet ovenfor i punkt 69-80 i dette forslag til afgørelse, med henblik på at bedømme, hvorvidt den omhandlede yderligere orlov reelt er forbundet med formålet om at fastlægge beskyttelsesforanstaltninger, der knytter sig til kvindens biologiske tilstand efter fødslen og hendes særlige forhold til barnet, således at den er (fuldstændigt) omfattet af undtagelsen i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54.

89. For så vidt angår de argumenter, der er blevet fremlagt for Domstolen under den foreliggende sag, vil jeg nøjes med at fremkomme med nedenstående bemærkninger.

90. De sproglige og ganske formelle argumenter, som den franske regering og CPAM har påberåbt sig, idet de har fremhævet, at overskriften for kapitlet i den kollektive overenskomst, under hvilken både artikel 45 og artikel 46 i CCN er placeret, for det første bærer overskriften »Barselsorlov«, og forbindelsen mellem disse bestemmelser, har ingen særlig vægt i henhold til EU-retten. Hele behandlingen er af indholdsmæssig og ikke formel karakter. Såfremt dette argument skal have nogen relevans, vil det være tilstrækkelig for ethvert retligt instrument eller kollektiv overenskomst helt enkelt at benævne enhver slags orlov som barselsorlov, for at den er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, hvilket gør de sociale valg, der blev foretaget i 1950'erne, stort set urørlige.

48 – Det skal for fuldstændighedens skyld bemærkes, at CFTC endvidere har gjort gældende, at artikel 46 i CCN indfører forskelsbehandling på grundlag af slægtskab, idet artikel 46a i CCN giver en tilsvarende orlov til den, der findes i artikel 46 til både fædre eller mødre til adoptivbørn. Et adoptivbarn kan følgelig nyde fordel af dets fars eller mors tilstedeværelse, mens et biologisk barn, der er født i eller uden for ægteskab, ikke kan nyde fordel af dets fars tilstedeværelse. Det er imidlertid min opfattelse, at det ikke i lyset af det faktiske anvendelsesområde for denne sag og den bedømmelse, der blev foretaget ovenfor for så vidt angår direktiv 2006/54, er nødvendigt at drøfte dette særlige punkt.

91. Den franske regerings argument, der påberåber sig Thibault-dommen til bekræftelse af, at Domstolen allerede kvalificerede artikel 46 i CCN som barselsorlov, har for det andet endnu mindre vægt. Den præmis i dommen, der nævnes af den franske regering, vedrører de faktiske omstændigheder, der beskrives i dommen, og ikke de retlige argumenter og Domstolens bedømmelse [49]. Henset endvidere til, at de retlige spørgsmål, som Domstolen var bekymret for, var forskellige, og at karakteren af artikel 46 i CCN ikke blev drøftet af Domstolen, tilføjer denne henvisning ikke noget brugbart med henblik på den foreliggende sag [50].

92. For så vidt angår for det tredje og endelig de kriterier, der er fremhævet i det forudgående afsnit, skal det på grundlag af de begrænsede oplysninger, som er blevet fremlagt for Domstolen, bemærkes, at artikel 46 i CCN, når den betragtes samlet, giver mulighed for en yderligere orlov af ganske varierende varighed. Den kan variere fra halvanden måned til et år med mulighed for forlængelse i yderligere et år. Denne bestemmelse giver følgelig mulighed for en orlov, der i dens mere udvidede udformning i høj grad overstiger den lovfæstede orlov, der er reguleret ved lovbogens artikel L 1225-17, som artikel 45 i CCN henviser til. Selv om retten til at blive genindsat i den pågældendes tidligere stilling er sikret under det første år af den forlængede orlov, er fuld løn kun sikret i løbet af den første halvanden måned med mulighed for, at den fulde løn opretholdes i løbet af de tre måneder, såfremt der er tale om en enlig mor, eller at kvinden er afhængig af hendes partners midler.

93. Disse elementer peger i retning af, at når artikel 46 i CCN betragtes i sin helhed og i lyset af navnlig de nærmere regler for nydelsen af denne orlov, kan den ganske lange periode, som den kan forlænges med, og den begrænsede retlige beskyttelse, der er knyttet til den, støde på visse vanskeligheder, når den skal passe ind under »barselsundtagelsen« i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54. Det tilkommer imidlertid i sidste ende den nationale domstol at foretage denne bedømmelse.

V. Forslag til afgørelse

94. Jeg foreslår Domstolen at besvare det af Conseil de prud'hommes de Metz (arbejdsretten i Metz, Frankrig) forelagte spørgsmål som følger:

»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 skal fortolkes således, at en yderligere orlovsperiode efter den lovfæstede barselsorlov, der i henhold til national ret kun er forbeholdt kvindelige lønmodtagere, med henblik på at være omfattet af artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54 reelt skal være forbundet med det fælles mål om fastlæggelsen af beskyttelsesforanstaltninger, der er knyttet til en kvindes biologiske tilstand efter fødslen og hendes særlige forhold til barnet under hensyntagen til bl.a. betingelserne for retten til denne orlov, længden og de nærmere regler for nydelsen af denne orlov og den retlige beskyttelse, der er knyttet til orloven.«

49 – Dom af 30.4.1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, præmis 12). Præmissen har følgende ordlyd: »Évelyne Thibault [havde] barselsorlov fra den 13.6. til den 1.10.1983 i overensstemmelse med artikel 45 i den kollektive overenskomst og derpå barselsorlov med halv løn fra den 3.10 til den 16.11.1983 i overensstemmelse med overenskomstens artikel 46.« Sagen omhandlede arbejdstageres ret til at få foretaget en bedømmelse hvert år med henblik på at få mulighed for en forfremmelse i henhold til national ret, hvilket blev nægtet Évelyne Thibault for så vidt angår den periode, hvor hun havde barselsorlov i henhold til artikel 45 og 46 i CCN. Endvidere henviste artikel 46 i CCN, der nævnes i dommens præmis 7, alene til »tre måneders tjenestefrihed med halv løn eller halvanden måneds tjenestefrihed med fuld løn«.

50 – Den franske regerings argument ville omvendt være bedre tjent med en henvisning til punkt 21 i generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Thibault (C-136/95, EU:C:1997:2), der under påberåbelse af Hofmann-dommen bemærkede, at barselsorlov i henhold til den franske kollektive overenskomst ganske rigtigt var delt mellem både artikel 45 og 46 i CCN. Imidlertid bemærkede den lærde generaladvokat endvidere, at denne sag ganske rigtigt omhandlede et andet forhold, som han dernæst tog stilling til.