FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 11. juli 1996 *

1. For at kunne træffe afgørelse i en tvist om bevilling af fri proces til Bruna-Alessandra Züchner har Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen (Tyskland), anmodet Domstolen om at træffe en præjudiciel afgørelse i henhold til EF-traktatens artikel 177 vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring [1] (herefter »direktiv 79/7«).

2. Det fremgår af sagens akter, at Gerhard Züchner, der tidligere var selvstændig forretningsdrivende, blev lammet i den nederste halvdel af kroppen ved en ulykke i 1972, og at han nu er ude af stand til at klare sig selv. Den pleje i hjemmet, som han siden da har haft behov for, har hans kone ydet. Hun anfører, at hun for at kunne yde denne hjælp har måttet tage særlig undervisning. Det er uklart, om Bruna-Alessandra Züchner på det tidspunkt, hvor hun begyndte at passe sin mand, var beskæftiget, om hun på nogen måde tidligere havde været beskæftiget, eller om hun søgte arbejde.

3. I henhold til den tyske lovgivning findes der tre former for pleje i hjemmet for personer, der er syge (häusliche Krankenpflege) [2]:

— behandling (Behandlungspflege), der er kendetegnet ved sit lægelige element, består i indgivelse af lægemidler, injektioner, måling af temperatur, behandling osv.

— almindelig pleje (Grundpflege), der omfatter ydelser som overvågning dag og nat, hjælp til kropspleje, hjælp til spisning, hjælp til at stå op, til at gå i seng, osv.

— hjemmehjælp (hauswirtschaftliche Versorgung), der består i at vaske den syges tøj, foretage indkøb, rengøring af hjemmet, osv.

* Originalsprog: spansk.

1 — EFT 1979 L 6, s. 24.

2 — Jf. især § 37, § 38, og § 55, 56 og 57 i Sozialgesetzbuch V.

I § 37 i Sozialgesetzbuch V (herefter »SGB V«) bestemmes det konkret:

1) Forsikrede er, ud over lægebehandling (ärztliche Behandlung), berettiget til at modtage hjemmesygepleje i sit eget eller familiens hjem udført af egnet plejepersonale, i de tilfælde hvor sygehusbehandling er påkrævet, men ikke kan tilbydes, eller hvor det ved hjælp af hjemmesygepleje er muligt at undgå eller reducere varigheden af sygehusbehandling. Hjemmesygeplejen skal i hvert enkelt tilfælde omfatte almindelig pleje, behandling samt hjemmehjælp. For hver enkelt sygdomsperiode består kravet i maksimalt fire uger. Sygekassen kan undtagelsesvist bevilge hjemmesygepleje for en længere periode, hvis lægetjenesten anser dette for nødvendigt af de grunde, der er anført i første punktum.

2) Forsikrede er berettiget til at modtage behandling i form af hjemmesygepleje i sit eget eller familiens hjem, såfremt dette er påkrævet til sikring af, at formålet med lægebehandlingen opfyldes. Vedtægterne kan bestemme, at sygekassen ud over den behandling, der er omhandlet i første punktum, også tilvejebringer almindelig pleje og hjemmehjælp. Vedtægterne kan i den forbindelse bestemme varigheden og omfanget af den i andet punktum omhandlede almindelige pleje og hjemmehjælp. De ydelser, der er omhandlet i andet og tredje punktum, tildeles ikke, når der er indtrådt et plejebehov af den i bog XI omtalte art.

3) Der består kun et krav på hjemmesygepleje i det omfang, der ikke er en person i husstanden, der kan pleje og passe den syge.

4) Hvis sygekassen ikke er i stand til, eller der i øvrigt er grund til at undlade at skaffe personale til hjemmesygepleje, har forsikrede krav på at få godtgjort rimelige udgifter i forbindelse med, at vedkommende selv må skaffe sådant personale.

4. Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen (herefter »HKK«), den frivillige sygeforsikring, som Gerhard Züchner er medlem af, anerkendte den 14. marts 1985 skriftligt at være umiddelbart forpligtet til at overtage behandlingen i hjemmet, eller hvis dette ikke var muligt, at refundere Gerhard Züchner et beløb på op til 80 DM pr. dag, såfremt han selv ansatte det dertil nødvendige plejepersonale. Da der opstod uenighed om retten til refusion, anlagde Gerhard Züchner sag mod HKK ved Sozialgericht München. Dette resulterede i et forlig, hvorefter sagsøgte til sagsøgeren skulle betale et aftalt beløb som refusion af udgifterne for hjemmesygepleje indtil den 23. februar 1987. Sagsøgte forpligtede sig endvidere til fremover at refundere

sagsøgeren udgifterne til hjemmesygepleje mod forevisning af lønsedler eller lignende form for bevisdokumenter.

5. På forlangende modtog Gerhard Züchner fra den 1. januar 1991 til den 31. marts 1995 et kontantbeløb på 400 DM pr. måned for hjælp udført i hjemmet. Det bestemmes i § 57 i SGB V:

1) Efter ansøgning fra en forsikret med behov for særlig pleje (Schwerpflegebedürftige Versicherte) kan sygekassen i stedet for at yde hjælp i hjemmet betale forsikrede et kontantbeløb på 400 DM pr. kalendermåned, såfremt vedkommende selv er i stand til at skaffe ydelserne fra en plejer, der yder den fornødne pleje og i et tilstrækkeligt omfang.

2) Hvis plejeren er i lønnet beskæftigelse, betales den i stk. 1 omhandlede pengeydelse (Geldleistung) kun, såfremt plejeren trods dette er i stand til at yde tilstrækkelig pleje.

...

6. Den 1. april 1995 trådte loven om forsikring ved særligt plejebehov (Pflegeversicherungsgesetz) i kraft og blev indsat i Sozialgesetzbuch XI (herefter »SGB XI«). Nedenstående bestemmelser fra den nye lov er af interesse for denne sag:

»§ 14. Begrebet plejebehov (Pflegebedürftigkeit)

1) Et plejebehov i denne bogs forstand består, når personer som følge af fysisk eller psykisk sygdom eller handicap har et særligt eller betydeligt behov for hjælp til hverdagens almindelige funktioner og gøremål for en periode af mindst seks måneders varighed.

...

§ 19. Begrebet plejer (Pflegepersonen)

En plejer i denne bogs forstand er en person, der på anden vis end i form af lønnet beskæftigelse passer en person med et plejebehov, som omhandlet i § 14, i mere end 14 timer

pr. uge, og udfører arbejdet i den plejekrævendes hjem.

...

§ 36. Plejeydelser i naturalier

...

1) Plejekrævende personer, som passes i deres eget hjem eller på det sted, hvor de bor, er berettiget til at modtage almindelig pleje og hjemmehjælp i naturalier (häusliche Pflegehilfe). Plejen i hjemmet skal ydes af kvalificeret personale, der er ansat af sygekassen, eller som er ansat af ambulante plejebureauer, med hvilke kassen har indgået en plejekontrakt (Versorgungsvertrag). Hjælp i hjemmet i form af naturalier kan også ydes af enkeltpersoner, med hvem kassen har indgået en kontrakt i henhold til § 77, stk. 1.

2) Almindelig pleje og hjemmehjælp skal omfatte bistand til de i § 14 nævnte opgaver.

3) Retten til hjælp i hjemmet omfatter pr. kalendermåned:

...

3. for plejekrævende personer, niveau III, ydelser til en samlet værdi på maksimalt 2 800 DM.

...

§ 37. Plejegodtgørelse (Pflegegeld), der betales for hjælp, som den plejekrævende person selv tilvejebringer

1) Plejekrævende personer kan søge om en plejegodtgørelse i stedet for hjælp i hjemmet. Kravet er afhængig af, at de pågældende anvender hele godtgørelsen til at skaffe den nødvendige almindelige hjælp og hjemmehjælp ved at ansætte en plejer, der kan varetage den fornødne pasning. Plejegodtgørelsen udgør pr. kalendermåned:

...

3. 1 300 DM for plejekrævende personer, niveau III.

...«

7. Det fremgår af ovennævnte lovgivning om plejekrævende personer, at sygekassen betaler den i § 37 i SGB XI omhandlede plejegodtgørelse til den plejekrævende person, selv om plejen ydes af et familiemedlem. De højere beløb, der fremgår af § 36 i SGB XI, udgør derimod den maksimale værdi, som kassen betaler for plejeydelser i naturalier, hvor plejen ydes af det af kassen ansatte personale eller af det personale, der ansat af et bureau, med hvilket kassen har indgået aftale herom, eller af enkeltpersoner med hvem kassen har indgået en aftale.

Sagsøgeren anfører, at hun passer sin mand. Det synes følgelig at være korrekt at antage, at Gerhard Züchner i henhold til de nævnte bestemmelser er berettiget til fra sygekassen at modtage en plejegodtgørelse som nævnt i § 37 i SGB XI, sandsynligvis med det beløb, der er angivet for niveau III. Derimod er han ikke berettiget til det højere beløb, angivet i § 36 for naturalier, da kassen ikke betaler dette beløb til det forsikrede medlem, men derimod til den person, med hvem kassen har indgået aftale om at yde den pågældende pleje i hjemmet.

8. I juli 1993 anmodede Gerhard Züchner HKK om med tilbagevirkende kraft fra den 1. marts 1985 til den 31. juli 1993 at refundere udgifterne til den pleje i hjemmet, han havde modtaget af sin kone. Kravet blev afvist den 6. august 1993, med henvisning til for det første, at der med udgangspunkt i det retlige forlig, der var indgået for Sozialgericht, var sket betaling af alle krav for perioden indtil den 23. februar 1987. For det andet, blev det anført, at det — da det var hans kone, der havde ydet plejen — var udelukket at refundere hendes udgifter i henhold til den nationale lovgivning, idet retten til hjemmesygepleje kun opstod, når der ikke var nogen i husstanden, som kunne passe den syge i det omfang, det var påkrævet. Endelig blev det anført, at retten til sociale sikringsydelser blev forældet efter fire år. HKK tilføjede, at Gerhard Züchner siden januar 1991 havde modtaget 400 DM pr. kalendermåned i henhold til § 57 i SGB XI. Det fremgår ikke af de for Domstolen foreliggende dokumenter, om Gerhard Züchner har anfægtet dette afslag.

9. Umiddelbart efter, at HKK havde afslået med tilbagevirkende kraft at anerkende Gerhard Züchner's krav om refusion af udgifterne til de plejeydelser i hjemmet, han havde modtaget af sin kone, indgav hun den 10. august 1993 ansøgning om fri proces til Landgericht Bremen med henblik på at anlægge et erstatningssøgsmål mod HKK med krav om betaling for den pleje, hun

havde ydet i den pågældende periode, tillige med tabt arbejdsfortjeneste, samt erstatning til et samlet beløb på 419 390 DM. Hendes ansøgning blev afslået ved kendelse af 20. januar 1994.

10. Bruna-Alessandra Züchner kærede kendelsen til Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, med henvisning til direktiv 79/7. Hun påstod, at der forelå en forskelsbehandling, idet det i praksis kun var gifte kvinder, der ville havne i en situation som hendes. Kæremålet blev afvist, da retten fandt, at der ikke var tilstrækkelig udsigt til, at sagsøgeren ville få medhold under det påtænkte søgsmål.

11. Sagsøgeren kærede efterfølgende til samme domstol, som ved kendelse af 2. marts 1995 ophævede sin tidligere kendelse. Den nationale ret er af den opfattelse, at den beslutning, der skal træffes om meddelelse af fri proces, afhænger af fortolkningen af visse fællesskabsretlige bestemmelser, og forelagde derfor Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal sagsøgeren, idet hun er gift med den plejekrævende forsikrede person, henregnes til den erhvervsaktive befolkning i den i direktivets artikel 2 anvendte betydning?

2) Forskelsbehandles sagsøgeren i direktivets forstand som kvinde på grund af § 37, stk. 3, i SGB V uanset denne bestemmelses kønsneutrale affattelse?

3) Har sagsøgeren, der ikke er forsikret hos sagsøgte, direkte krav, eller har kun hendes mand som forsikringstager sådanne krav?

4) Hæfter sagsøgte som statsorgan (Ersatzkasse) selv, eller hvem hæfter i stedet for sagsøgte?

5) Er det offentlige i henhold til fællesskabsretten erstatningsansvarligt uden culpa, eller kan det offentlige kun ifalde ansvar på grundlag af § 839 i Bürgerliches Gesetzbuch sammenholdt med artikel 34 i Grundgesetz?«

Fællesskabsbestemmelserne

12. Det personelle anvendelsesområde for direktiv 79/7 er i artikel 2 afgrænset som følger:

»Dette direktiv finder anvendelse på den erhvervsaktive befolkning, herunder selvstændige erhvervsdrivende, arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der midlertidigt er uden arbejde på grund af sygdom, ulykke eller ufrivillig arbejdsløshed, og personer, der søger arbejde, samt på arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der er fratrådt med alderdoms- eller invalidepension.«

Direktivets materielle anvendelsesområde er i artikel 3 afgrænset således:

»1. Dette direktiv finder anvendelse:

a) på lovbestemte ordninger, der sikrer beskyttelse mod følgende risici:

— sygdom

— invaliditet

— alderdom

— arbejdsulykker og erhvervssygdomme

— arbejdsløshed

b) på bestemmelserne om social bistand, i det omfang disse er bestemt til at supplere eller træde i stedet for de i litra a) omhandlede ordninger.

2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på bestemmelser om ydelser til efterladte eller på bestemmelser om familieydelser, medmindre der er tale om familieydelser ydet som tillæg til ydelser i forbindelse med de i stk. 1, litra a), nævnte risici.

3. ...«.

Artikel 4 i direktiv 79/7 bestemmer følgende:

»1. Princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling

sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling, især for så vidt angår:

— anvendelsesområdet for ordningerne samt betingelserne for adgang til disse

— bidragspligt og beregning af bidrag

— beregningen af ydelserne, herunder ægtefælle- eller forsørgertillæg, og betingelserne for varigheden og bevarelsen af retten til ydelserne.

2. Princippet om ligebehandling er ikke til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab.«

13. I den foreliggende sag er der indgivet indlæg af Bruna-Alessandra Züchner, der er sagsøger i sagen om fri proces, og som repræsenteres af sin mand, og endvidere af sagsøgte, den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering, samt af Kommissionen.

14. Sagsøgeren har påpeget, at dette er første gang, at Domstolen skal træffe en præjudiciel afgørelse i forbindelse med en sag om fri proces, idet der sædvanligvis gives afslag på fri proces, når der søges med henblik på anlæggelse af et erstatningssøgsmål mod en medlemsstat eller en af dens organer på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretten.

Domstolens kompetence til at besvare spørgsmålene

15. Jeg mener, at dette er første gang, at Domstolen er blevet anmodet om at træffe en præjudiciel afgørelse i forbindelse med en ansøgning om fri proces, der verserer for en national domstol. Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, er utvivlsomt en ret i henhold til traktatens artikel 177. Selv om ingen af de, der har indgivet indlæg i denne sag, har omtalt problemet, bør det ikke desto mindre overvejes, om der kan opnås en præjudiciel afgørelse i forbindelse med denne ansøgning om fri proces.

Spørgsmålene er, som jeg har nævnt, blevet forelagt med henblik på at afgøre en kære mod et afslag på en ansøgning om fri proces indgivet før, der var indledt en sag om realiteten.

Bevilling af fri proces er betinget af, at sagen for en umiddelbar betragtning har tilstrækkelig udsigt til at få et positivt udfald, og i tilfælde af afslag på fri proces vil der ikke i den nærværende appelsag være yderligere appelmuligheder. Under hensyn hertil og idet den ret, der skal tage stilling til ansøgningen, har fundet det nødvendigt at forelægge disse spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktivet, finder jeg, at Domstolen bør besvare spørgsmålene.

I henhold til fast retspraksis tilkommer det inden for rammerne af det samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som er indført ved traktatens artikel 177, det udelukkende de nationale retsinstanser, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retslige afgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen [3].

3 — Jf. dom af 28.3.1996, sag C-129/94, Ruiz Bernáldez, Sml. I, s. 1829, præmis 7, af 30.11.1995, sag C-134/94, Esso Española, Sml. I, s. 4223, præmis 9, og af 5.10.1995, sag C-125/94, Aprile, Sml. I, s. 2919, præmis 16.

Første præjudicielle spørgsmål

16. Den nationale ret er af den opfattelse, at sagsøgeren ikke tilhører »den erhvervsaktive befolkning«, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2 i direktiv 79/7, men finder, at en udvidende fortolkning er mulig, i det omfang sagsøgeren yder pleje, der går ud over en husmoders normale arbejde. Retten anser sig ikke for kompetent til at anlægge en udvidende fortolkning og overlader dette ansvar til Domstolen.

17. Sagsøgeren finder, at der er en række grunde til, at den nationale rets første spørgsmål skal besvares bekræftende. Hun anfører, at hun ganske vist ikke har måttet opgive et arbejde for at passe sin ægtefælle, men det er et faktum, at hun ikke kunne have haft erhvervsmæssig beskæftigelse, og der bør efter hendes opfattelse ikke være nogen sondring mellem den situation, hvor man opgiver sit arbejde for at passe en invalid, og den situation, hvor man er afskåret fra at arbejde som følge af omfanget og intensiteten af den pleje, den pågældende har behov for. I begge tilfælde betyder plejebehovet, at det er umuligt at udøve et erhverv, og af den grund bør en person, der tager sig af en invalid, anses for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning. Sagsøgeren henviser herved til Domstolens dom i Drake-sagen [4], hvori det fastslås, at en person, der har opgivet sit

4 — Dom af 24.6.1986, sag 150/85, Sml. s. 1995.

arbejde for at tage sig af en invalid, må anses for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning i den i direktiv 79/7 angivne betydning. Sagsøgeren tilføjer endelig, at selv om hun ikke skulle blive anset for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning i artikel 2's forstand, kan hun alligevel støtte ret på direktivet, idet hendes mand var nødt til at opgive sit arbejde på grund af sit handicap.

18. I sit skriftlige indlæg foreslår sagsøgte blot, at Domstolens svar på det første spørgsmål fra den nationale ret skal være, at sagsøgeren ikke tilhører »den erhvervsaktive befolkning« i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2 i direktiv 79/7. Hun er husmoder og udøver ikke lønnet beskæftigelse. Lønnet beskæftigelse tjener det ene formål at sikre sit underhold, og det har der ikke været nogen hensigt til i den foreliggende sag. Sagsøgeren yder tjenester, som hun som hustru er såvel juridisk som moralsk forpligtet til. Sagsøgte tilføjer, at sagsøgeren inden for ægteskabets rammer er nødt til at udføre det arbejde, som andre ikke er forpligtet til at udføre, men at dette er en uundgåelig konsekvens af hendes ægtefælles invaliditet.

19. Den tyske regering foreslår, at det første spørgsmål skal besvares benægtende, idet den henviser til Domstolens dom i Drake-sagen [5], hvorefter en person, som står uden arbejde som følge af en af de risici, der er omfattet af artikel 3, skal anses for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning i den i direktiv 79/7, artikel 2, anvendte betydning. Efter den tyske regerings opfattelse er det i alle tilfælde en forudsætning, at der tidligere har eksisteret et arbejdsforhold, som er blevet afbrudt, og at pasning af et handicappet familiemedlem ikke i sig selv er tilstrækkeligt.

20. Det Forenede Kongeriges regering udtrykker alvorlig tvivl med hensyn til, om spørgsmålene kan antages til realitetsbehandling. Den anfører først, at spørgsmålene ikke er nødvendige for, at der kan træffes afgørelse i den sag, der verserer for den nationale ret, og dernæst, at de oplysninger, der fremlægges i forelæggelseskendelsen, ikke er tilstrækkelige til, at medlemsstaterne og fællesskabsinstitutionerne kan afgive behørige indlæg.

For det første vedrører de spørgsmål, som Domstolen er blevet anmodet om at besvare, fortolkningen af direktiv 79/7 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring. I forelæggelseskendelsen anfører den nationale ret imidlertid, at der i denne sag ikke foreligger nogen direkte forskelsbehandling, og at den omtvistede nationale bestemmelse, der antages at berøre langt flere kvinder end mænd, er begrundet i objektive hensyn, som intet har at gøre med forskelsbehandling. I henhold til Domstolens

5 — A.st.

retspraksis [6] tilkommer det den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder og til at fortolke den nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang en lovbestemmelse, som gælder uafhængigt af arbejdstagerens køn, men som faktisk rammer langt flere kvinder end mænd, er berettiget af objektive grunde, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Hvor den nationale ret som i den foreliggende sag selv anfører, at en bestemmelse, der kan have en diskriminerende virkning, er begrundet i objektive hensyn, er der ikke grund til at anmode om en fortolkning af direktiv 79/7.

Det Forenede Kongeriges regering anfører for det andet, at forelæggelseskendelsens mangler gør det særligt vanskeligt at udarbejde noget indlæg i den foreliggende sag. Hvis Domstolen alligevel finder, at spørgsmålene skal antages til realitetsbehandling, foreslår regeringen, at spørgsmålene i mangel af nærmere oplysninger skal undersøges med udgangspunkt i alternative hypoteser. Hvis Bruna-Alessandra Züchner arbejdede eller var arbejdssøgende på det tidspunkt, hvor hendes mand kom ud for en ulykke, og hvis hun måtte opgive sit arbejde eller sin arbejdssøgning for at kunne passe ham, tilhører hun den erhvervsaktive befolkning i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2 i direktiv 79/7, idet hun er holdt op med at arbejde som følge af en af de i artikel 3 opregnede risici. Hvis hun derimod før ulykken hverken havde arbejde eller var arbejdssøgende, tilhører hun ikke den erhvervsaktive befolkning og vil derfor ikke være berettiget til at påberåbe sig direktiv 79/7, da direktivet i henhold til Domstolens retspraksis kun omfatter personer, der står til rådighed for arbejdsmarkedet, eller som ikke længere står til rådighed som følge af indtrædelsen af en af de risici, der er nævnt i artikel 3 [7]. Det Forenede Kongerige er endelig af den opfattelse, at hvis Domstolen antager spørgsmålene til realitetsbehandling, bør den alene besvare det første spørgsmål og svaret herpå bør være som følger: Sagsøgeren tilhører kun den erhvervsaktive befolkning i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 2, såfremt hun forud for sin mands ulykke var arbejdstager, selvstændig erhvervsdrivende eller arbejdssøgende, og den pågældende aktivitet alene blev afbrudt som følge af indtrædelsen af en af de i direktivets artikel 3 nævnte risici i forhold til hendes ægtefælle.

21. Indledningsvis har Kommissionen fremhævet to omstændigheder. For det første har den nationale ret forelagt spørgsmålet for at vurdere, om en national bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten. Bestemmelsen, der enten giver ret til hjemmesygepleje som sådan eller ret til at få godtgjort udgifterne til det personale, som den syge selv har skaffet, men kun såfremt der ikke er nogen i den syges husstand, der kan yde bistand og passe den pågældende i det nødvendige omfang, kan muligvis resultere i en indirekte forskelsbehandling. For det andet kan det kun dreje sig om retten til hjemmesygepleje, som reguleret ved § 37 i SGB V, da sygekassen i

6 — Jf. dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 15.

7 — Jf. dom af 11.7.1991, sag C-31/90, Johnson, Sml. I, s. 3723, præmis 27.

henhold til § 37 i SGB XI udbetaler plejegodtgørelse til dækning af almindelig pleje og hjemmehjælp, selv om den forsikrede passes af familiemedlemmer, der bor sammen med ham.

22. Kommissionen bemærker, at Gerhard Züchner, da han var udsat for ulykken, tilhørte den erhvervsaktive befolkning, og at han er berettiget til de behørige ydelser i henhold til sygeforsikringsordningen. Han er derfor omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 79/7, og de ydelser, som han modtager, ligger derfor inden for direktivets materielle anvendelsesområde. Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt til, at han kan påberåbe sig direktivet for en national ret, såfremt han berøres ugunstigt af en national bestemmelse, der forskelsbehandler hans ægtefælle. I den situation er det i henhold til Domstolens dom i Verholen-sagen [8] også nødvendigt, at hans ægtefælle er omfattet af direktivets anvendelsesområde.

Kommissionen tilføjer, at Domstolen i Drake-dommen [9] udvidede begrebet den »erhvervsaktive befolkning«, idet den fastslog, at en person, der har opgivet sit arbejde for at passe et handicappet familiemedlem, må falde inden for det personelle anvendelsesområde for direktiv 79/7.

For at direktivet kan finde anvendelse i hovedsagen, er Kommissionen af den opfattelse, at sagsøgeren, som en person, der i hjemmet plejer en invalid, skal tilhøre den »erhvervsaktive befolkning«. Endvidere må plejen være så regelmæssig og omfattende, at den kan anses for at udgøre et arbejde. Under hensyn til karakteren og omfanget af de tjenester, som sagsøgeren har ydet sin mand, er Kommissionen af den opfattelse, at hun er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 79/7, som defineret i artikel 2.

23. Subsidiært tilføjer Kommissionen, at hvis det antages, at den plejekrævende person tilhører den erhvervsaktive befolkning, er der tre situationer, hvor direktivet også kan omfatte plejeren, nemlig den situation, hvor plejeren har opgivet sit arbejde for at kunne yde pleje, hvor plejeren tidligere har arbejdet, men ikke længere arbejder, f.eks. fordi vedkommende er gået på pension, og endelig den situation, hvor plejeren af andre grunde har opgivet sit arbejde og søger andet arbejde. Disse tilfælde er omfattet af direktivets artikel 4, stk. 1, der forbyder forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi beskyttelsen af den person, der modtager pleje, også udvides til den person, der yder plejen.

Efter Kommissionens opfattelse findes der to situationer, hvor direktivets artikel 4, stk. 1, ikke vil beskytte sagsøgeren mod diskriminerende bestemmelser, og hvor hendes ægte-

8 — Jf. dom af 11.7.1991, forenede sager C-87/90, C-88/90 og C-89/90, Sml. I, s. 3757.

9 — Nævnt i fodnote 4, ovenfor.

fælle ikke vil kunne hævde, han er blevet ugunstigt berørt af en sådan forskelsbehandling:

1) Hvis sagsøgeren ikke tidligere har arbejdet og har påtaget sig at passe sin ægtefælle samtidig med, at hun udfører det almindelige huslige arbejde.

2) Hvis sagsøgeren af andre grunde end de i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte har opgivet sit arbejde og ikke er arbejdssøgende.

24. Kommissionen afslutter sit indlæg vedrørende det første spørgsmål med at konkludere, at der foreligger utilstrækkelige faktiske oplysninger til, at sagsøgeren kan placeres i en af de fem nævnte kategorier. Kommissionen foreslår, at Domstolen skal besvare spørgsmålet således, at en person, der passer en syg person i husstanden, tilhører den erhvervsaktive befolkning i den i artikel 2 og 3 i direktiv 79/7 anførte betydning i de situationer, hvor plejebehovet på grund af plejens karakter og tidsforbruget er så omfattende, at det, hvis plejen ikke blev udført af et medlem af husstanden, ville være nødvendigt at lade en selvstændig erhvervsdrivende eller en arbejdstager udføre plejen. Under alle omstændigheder tilhører en kvinde den erhvervsaktive befolkning, hvis hun for at kunne passe sin invalide mand har måttet opgive sit arbejde, eller hvis hun tidligere har arbejdet og enten ikke længere er i stand til at arbejde eller søger arbejde.

25. Jeg skal først påpege, at den ret til hjemmesygepleje, der er indeholdt i den omtvistede bestemmelse i § 37 i SGB V, omfatter behandling, almindelig pleje og hjemmehjælp. I et tilfælde som Gerhard Züchner's, hvor der er behov for særlig pleje i en periode, der forventes at være på mindst seks måneder, er de to sidste ydelser omfattet af SGB XI, hvorefter den forsikrede efter ansøgning har ret til at få udbetalt en plejegodtgørelse, hvis denne selv sørger for at få nogen til at passe sig, uanset om plejeren bor under samme tag. I henhold til udelukkelsesmetoden kan sygekassen i en situation, hvor der i den forsikredes husstand er en person, som kan påtage sig den nødvendige pleje, i medfør af § 37, stk. 3, nægte at yde pleje i form af behandling, hvad enten den ydes i naturalier eller som en godtgørelse af udgifter til det personale, som den syge selv har skaffet.

26. Jeg er enig med Det Forenede Kongeriges regering i, at der er en næsten total mangel på faktiske oplysninger i forelæggelseskendelsen, hvilket gør det vanskeligt at give den nationale ret et svar, der kan være til nytte, når der skal træffes afgørelse i den for retten foreliggende sag. Kommissionen har

dog påtaget sig besværet med at tilvejebringe ganske detaljerede oplysninger om sagen, hvilket i vidt omfang afbøder manglen.

27. Det fremgår tydeligt af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret som udgangspunkt er af den opfattelse, at sagsøgeren ikke tilhører den erhvervsaktive befolkning i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2 i direktiv 79/7, men mener, at Domstolen muligvis vil fortolke begrebet udvidende under hensyn til, at sagsøgeren udfører ydelser, der går ud over den pleje, der normalt ydes inden for rammerne af et ægteskab.

28. Det er nødvendigt at afgøre, om Bruna-Alessandra Züchner, på baggrund af den foreliggende sags faktiske omstændigheder, kan anses for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning. Artikel 2 i direktiv 79/7, der fastlægger direktivets personelle anvendelsesområde, bestemmer, at direktivet skal finde anvendelse på den erhvervsaktive befolkning, herunder selvstændige erhvervsdrivende, arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der midlertidigt er uden arbejde på grund af sygdom, ulykke eller ufrivillig arbejdsløshed, og personer, der søger arbejde, samt på arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der er fratrådt med alderdoms- eller invalidepension.

29. Begrebet den »erhvervsaktive befolkning« er i princippet meget vidtgående sammenlignet med f.eks. den definition, der anvendes i punkt 5 i resolutionen om statistikker vedrørende den erhvervsaktive befolkning, beskæftigelse, arbejdsløshed og bibeskæftigelse [10].

I henhold til denne definition omfatter den erhvervsaktive befolkning alle personer uanset køn, som i en nærmere bestemt referenceperiode udfører arbejde med henblik på produktion af varer eller for at levere tjenesteydelser inden for økonomien, således som det defineres i FN's ordninger med nationalregnskaber og årsregnskaber. Ifølge disse ordninger omfatter produktion af varer og levering af tjenesteydelser inden for økonomien enhver produktion og forarbejdning af råvarer, hvad enten de er tiltænkt markedet, byttehandel eller producentens eget forbrug, produktion af enhver vare og levering af enhver form for tjenesteydelser til markedet og, for så vidt angår husholdninger, der producerer varer og leverer tjenester til markedet, den del af en sådan produktion, som er bestemt til eget forbrug.

I henhold til resolutionens punkt 12 og 13 tilhører personer, der udfører husligt arbejde, pensionister og personer, der er syge eller invalide, ikke den erhvervsaktive befolkning.

10 — Vedtaget ved den 13. internationale konference for arbejdsstatistikere afholdt af bestyrelsen for Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO) fra den 18. til den 29.10.1982 i Genève. Den Internationale Arbejdsorganisation, Genève 1983.

30. Ud fra en sammenligning af de to definitioner kan det ses, at arbejdstagere, hvis arbejde må afbrydes på grund af sygdom eller ulykke, samt invalide arbejdstagere er omfattet af begrebet »erhvervsaktive befolkning« i direktiv 79/7's forstand, hvorimod de ud fra definitionen i ovennævnte resolution ikke er omfattet.

31. Dette er ikke første gang, at Domstolen skal afgøre, om en situation, der umiddelbart synes at være et grænsetilfælde, ligger inden for det personelle anvendelsesområde for direktiv 79/7. Da Domstolen i Drake-dommen [11] besvarede de præjudicielle spørgsmål, som Chief Social Security Commissioner havde forelagt for at kunne vurdere, om en national bestemmelse, der fastsatte betingelserne for at yde tilskud til pasning af en invalid, var forenelig med fællesskabsretten, fastslog den følgende: »Begrebet 'erhvervsaktiv befolkning', der er afgørende for direktivets anvendelsesområde, er i artikel 2 defineret bredt og omfatter 'selvstændige erhvervsdrivende, arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der midlertidigt er uden arbejde på grund af sygdom, ulykke eller ufrivillig arbejdsløshed, og personer, der søger arbejde, samt arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der er fratrådt med alderdoms- eller invalidepension'. Denne bestemmelse hviler på det princip, at en person, som er uden arbejde på grund af de risici, der er omfattet af artikel 3, hører til den erhvervsaktive befolkning. Det er tilfældet for Drake's vedkommende, som har opgivet sit arbejde alene på grund af en af de risici, der er opregnet i artikel 3, nemlig moderens invaliditet. Hun må derfor anses for at høre til den erhvervsaktive befolkning i direktivets forstand.« Drake, der var gift og boede sammen med sin ægtefælle, havde gennem en årrække arbejdet både på fuld tid og på deltid, indtil hendes mor, som var svært invalideret, tog ophold hos hende, hvorpå hun opgav sit arbejde for at passe sin mor.

32. I Johnson-dommen [12] fastslog Domstolen, at en person, som er holdt op med at arbejde for at tage sig af opdragelsen af sine børn, ikke er omfattet af direktiv 79/7's anvendelsesområde som en arbejdstager, der er uden arbejde på grund af en af de i direktivet nævnte risici, eftersom børneopdragelse ikke er en af de risici, der er opregnet i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a). Domstolen tilføjede, at en sådan person ikke desto mindre kan anses for at være omfattet af direktiv 79/7 som en person, der søger arbejde, men hvis arbejdssøgning umuliggøres af, at en af de i direktivet nævnte risici er indtrådt. For at en person kan høre til den erhvervsaktive befolkning i den i artikel 2 angivne betydning, er det nemlig tilstrækkeligt, at den pågældende er arbejdssøgende, og det er ikke nødvendigt at foretage en sondring efter, af hvilken grund den pågældende har opgivet sit tidligere arbejde eller endog efter, om den pågældende tidligere har haft erhvervsmæssig beskæftigelse.

Domstolen er af den opfattelse, at den pågældende person skal godtgøre, at han eller hun var arbejdssøgende på det tidspunkt, hvor en

11 — Jf. ovenfor, fodnote 4, præmis 22.

12 — Jf. ovenfor, fodnote 7, præmis 19-22.

af de i direktivet nævnte risici indtraf, og at det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den pågældende faktisk var arbejdssøgende på det tidspunkt, da han eller hun blev ramt af en af de risici, der er angivet i direktivet, hvorved retten navnlig skal tage hensyn til, om den pågældende var tilmeldt en institution, der har til opgave at indhente stillingstilbud, eller bistå de arbejdssøgende med at søge beskæftigelse, om den pågældende havde sendt jobansøgninger til arbejdsgivere, eller om der forelå erklæringer fra virksomheder, hvoraf det fremgik, at den pågældende havde været til samtale med henblik på eventuel beskæftigelse.

33. I Nolte- og Megner-dommene [13] opstod spørgsmålet, om artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 skal fortolkes således, at en national ordning — hvorefter beskæftigelse med en sædvanlig ugentlig arbejdstid på under 15 timer og mod et sædvanligt vederlag, der ikke overstiger en syvendedel af referencemånedslønnen, ikke er omfattet af forsikringspligt i henhold til de lovbestemte syge- og alderspensionsforsikringer — og en national ordning — hvorefter beskæftigelse, som i sagens natur sædvanligvis er begrænset til mindre end 18 timer pr. uge eller på forhånd er begrænset i henhold til en arbejdskontrakt, ikke er omfattet af bidragspligt i henhold til den lovbestemte arbejdsløshedsforsikring — udgør forskelsbehandling på grundlag af køn, når langt flere kvinder end mænd berøres af ordningerne, og disse ikke kan begrundes ud fra objektive faktorer, der intet har med forskelsbehandling på grundlag af køn at gøre.

13 — Jf. domme af 14.12.1995, sag C-317/93, Nolte, Sml. I, s. 4625, og sag C-444/93, Megner og Scheffel, Sml. I, s. 4741.

Inden Domstolen undersøgte dette spørgsmål, overvejede den problemstillingen, om personer med kort arbejdstid og arbejde af den ovenfor beskrevne karakter hører til den erhvervsaktive befolkning i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2 i direktiv 79/7. Domstolen fastslog i denne sammenhæng, at den omstændighed, at en arbejdstagers indtægt ikke kan dække samtlige den pågældendes behov, ikke kan bevirke, at han ikke tilhører den erhvervsaktive befolkning. Domstolen fortsatte med at henvise til sin praksis, hvorefter det forhold, at der ved beskæftigelsen opnås en løn, der er mindre end eksistensminimum [14], eller hvor arbejdstiden normalt ikke overstiger 18 [15], 12 [16] eller endog 10 timer ugentligt [17], ikke udelukker en person, der har en sådan beskæftigelse, fra at blive betragtet som en arbejdstager i henhold til EF-traktatens artikel 48, artikel 119 eller i henhold til direktiv 79/7. Domstolen tilføjede, at den omstændighed, at nogle af disse domme ikke drejer sig om social sikring og ikke vedrører fortolkningen af artikel 2 i direktiv 79/7, ikke kan berøre den ovenfor angivne fortolkning, da de nævnte domme afgrænser begrebet arbejdstager i lyset af ligebehandlingsprincippet [18].

34. I den nyligt afsagte Posthuma-van Damme-dom [19] fastslog Domstolen ligeledes, at begrebet den erhvervsaktive befolkning er et meget vidt begreb, idet det omfatter enhver arbejdstager, herunder personer, der blot søger arbejde, og at en person, der i

14 — Dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 15 og 16.

15 — Dom af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, præmis 7 og 17.

16 — Dom af 3.6.1986, sag 139/85, Kempf, Sml. s. 1741, præmis 2 og 16.

17 — Rinner-Kühn-dommen, jf. ovenfor, fodnote 6, præmis 16.

18 — Nolte- og Megner-dommene, jf. ovenfor, fodnote 13, henholdsvis præmis 19 og 21, og præmis 18 og 20.

19 — Dom af 1.2.1996, sag C-280/94, Sml. I, s. 179, præmis 20 og 21.

løbet af det år, der gik forud for uarbejdsdygtighedens indtræden, ikke havde en bestemt indkomst ved eller i forbindelse med erhvervsmæssig beskæftigelse, ikke nødvendigvis falder uden for det personelle anvendelsesområde for direktiv 79/7.

35. Efter min opfattelse er det imidlertid den dom, som Domstolen afsagde i Achterberg-te Riele-sagen [20], der er afgørende, når der skal tages stilling til, om Bruna-Alessandra Züchner tilhører den erhvervsaktive befolkning i direktiv 79/7's forstand. Dommen blev afsagt som svar på de af Raad van Beroep, Utrecht, forelagte spørgsmål om, hvorvidt artikel 2 i direktiv 79/7 skal fortolkes således, at direktivet finder anvendelse på personer, der ikke har haft beskæftigelse, og som ikke søger arbejde, og på personer, der er ophørt med beskæftigelse, men ikke som følge af en af de i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici, og som ikke søger arbejde.

Domstolens svar på disse spørgsmål var benægtende, og den angav følgende grunde hertil: »Direktivets personelle anvendelsesområde er fastsat i artikel 2, hvorefter det finder anvendelse på den erhvervsaktive befolkning, på personer, der søger arbejde, samt på arbejdstagere, hvis erhvervsarbejde er blevet afbrudt af en af de i artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici, nemlig sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsulykker og erhvervssygdomme samt arbejdsløshed. Skønt direktivet ifølge artikel 3, stk. 1, litra a), finder anvendelse på lovbestemte ordninger, der sikrer beskyttelse mod alderdom, den ordning, der er tale om i hovedsagerne, fremgår det imidlertid af direktivets artikel 2 sammenholdt med dets artikel 3, at direktivet kun vedrører personer, som har erhvervsarbejde på det tidspunkt, da de kan gøre krav på en alderspension, eller hvis virksomhed tidligere var blevet afbrudt af en af de øvrige risici, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, litra a).« Domstolen konkluderede på den baggrund, at »direktivet ikke finder anvendelse på personer, som aldrig har stået til rådighed for arbejdsmarkedet, eller som har ophørt med at gøre det, uden at årsagen er, at en af de i direktivet nævnte risici er indtrådt« [21].

36. Det fremgår klart af definitionen i direktivets artikel 2 og de nævnte domme, at en person for at kunne anses for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning i direktivets forstand skal være en arbejdstager eller en selvstændig erhvervsdrivende, hvis beskæftigelse er ophørt som følge af, at en af de i artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici er indtruffet, enten for vedkommende selv eller i visse tilfælde for en tredjemand, eller personen skal være en arbejdssøgende, som er ophørt med at søge arbejde som følge af indtrædelsen af en af de nævnte risici.

Det er velkendt, at Domstolen altid har fortolket begrebet »erhvervsaktive befolkning«

20 — Dom af 27.6.1989, forenede sager 48/88, 106/88 og 107/88, Sml. s. 1963.

21 — A.st. præmis 9, 10 og 11.

vidtgående, idet den også anser direktivet for at omfatte personer, hvis beskæftigelse eller arbejdssøgning er ophørt som følge af, at en af de angivne risici er indtrådt i forhold til en anden person. Jeg skal ikke desto mindre påpege, at Domstolen, når den har taget stilling til, om den berørte person tilhører den erhvervsaktive befolkning, ikke på noget tidspunkt har set bort fra kravet om, at vedkommende skal være arbejdstager, selvstændig erhvervsdrivende eller arbejdssøgende, med andre ord vedkommende skal stå til rådighed for arbejdsmarkedet eller være aktivt arbejdssøgende.

37. Jeg har allerede nævnt, at det ikke af de for Domstolen foreliggende dokumenter fremgår, om sagsøgeren havde en beskæftigelse, som hun måtte opgive for at passe sin ægtefælle, eller at hun var aktivt arbejdssøgende. I sit indlæg anfører sagsøgeren, at hun ikke skulle opgive noget arbejde for at passe sin handicappede ægtefælle, men at det under alle omstændigheder var umuligt for hende at påtage sig noget arbejde, samt at der ikke bør være nogen sondring mellem den situation, hvor en person må opgive sit arbejde for at passe en invalid, og den situation, hvor en person er ude af stand til at påtage sig arbejde, fordi omfanget og karakteren af den for den handicappede nødvendige pleje optager hele plejerens tid.

38. Jeg kan ikke give sagsøgeren medhold heri. For mig at se består der en grundlæggende forskel mellem de to situationer derved, at en person i det første tilfælde har forladt arbejdsmarkedet for at passe sin ægtefælle, hvorimod personen i det andet tilfælde hverken har været på arbejdsmarkedet eller har haft til hensigt at komme ind på arbejdsmarkedet. Som følge heraf kan de to situationer ikke behandles på samme måde ved anvendelsen af fællesskabsretten. Som det blev bemærket af Domstolen i Achterberg-te Riele-sagen [22], har EØF-traktatens artikel 119, direktiv 75/117/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder [23] og direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgangen til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [24] (herefter »direktiv 76/207«), nemlig ikke til formål at gennemføre ligebehandling af mænd og kvinder generelt, men kun i deres egenskab af arbejdstagere. Direktiv 79/7 blev vedtaget med henvisning til direktiv 76/207.

39. Efter min opfattelse må det på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin konkluderes, at sagsøgeren ikke tilhører den erhvervsaktive befolkning i henhold til direktiv 79/7, da hun for at kunne passe sin invalide ægtefælle hverken måtte opgive sit arbejde eller ophøre med at søge arbejde. Det er i den forbindelse uden betydning, at den pleje, som hun yder, er af en karakter, der går ud over, den der sædvanligvis ydes inden for rammerne af et ægteskab. Jeg er hermed enig

22 — Jf. ovenfor, præmis 12.

23 — Rådets direktiv af 10.2.1975, EFT L 45, s. 19.

24 — Rådets direktiv af 9.2.1976, EFT L 39, s. 40.

i det standpunkt, som Domstolen gav udtryk for i Hofmann-dommen [25] med hensyn til direktiv 76/207, og finder ikke, at direktiv 79/7 har til formål at regulere spørgsmål vedrørende familiens interne forhold eller at ændre opgavefordelingen mellem ægtefæller.

40. Når henses til det foreslåede svar på det første spørgsmål, anser jeg det for unødvendigt at besvare nogen af de øvrige spørgsmål. For det tilfælde, at Domstolen er uenig i dette resultat, vil jeg ikke desto mindre tage stilling til det andet, det tredje og det fjerde spørgsmål samt den første del af det femte spørgsmål. Den anden del af det femte spørgsmål vedrører fortolkningsproblemer med hensyn til national lovgivning, hvilket Domstolen ikke har kompetence til at tage stilling til.

Andet præjudicielle spørgsmål

41. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den nationale ret at få afklaret, om sagsøgeren som kvinde udsættes for forskelsbehandling i direktivets forstand af en national bestemmelse, hvorefter den forsikrede kun har ret til hjemmesygepleje ydet af sygekassen, enten direkte eller i form af refusion af udgifterne til det personale, som den invalide selv skaffer, i en situation, hvor der ikke er nogen i den handicappedes husstand, der kan yde den fornødne pleje og hjælp.

25 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Sml. s. 3047, præmis 24.

42. Den nationale ret anfører selv, at den er af den opfattelse, at der ikke foreligger forskelsbehandling, da den pågældende nationale bestemmelse anvender en kønsneutral formulering. Selv om bestemmelsen muligvis berører et betydeligt større antal kvinder end mænd, er den begrundet i objektive faktorer, der næppe har noget at gøre med forskelsbehandling. Bestemmelsen tager ganske vist udgangspunkt i, at plejeren arbejder i hjemmet, hvilket i vide kredse i befolkningen overvejende er tilfældet for gifte kvinder, men uden at der hermed er tale om forskelsbehandling, som ikke er objektivt begrundet, idet bestemmelsen finder anvendelse på alle plejere og på alle invalide uanset deres køn og ægteskabelige stilling. Endelig er der ikke tale om, at sagsøgeren i strid med direktivets artikel 4 nægtes ydelser, som en (gift) ægtefælle i samme situation ville opnå.

43. Sagsøgeren er af den opfattelse, at det primært er kvindelige familiemedlemmer, der forskelsbehandles, såfremt sygekassen nægter at tilkende pleje eller at godtgøre de udgifter til personale, den forsikrede selv har skaffet (det alternativ, som § 37, stk. 4, i SGB V giver mulighed for), i de tilfælde, hvor det pågældende personale tilhører dennes familie, fordi en mand har en forpligtelse til at forsørge sin familie og på grund af sin erhvervsmæssige beskæftigelse er forhindret i at passe et handicappet familiemedlem. Sagsøgeren tilføjer, at hun ved at have passet sin ægtefælle ikke blot har afholdt sig fra at tage arbejde, men at hun heller ikke selv har erhvervet nogen pensionsrettigheder og nu har en alderspension, der er så lille, at hun

resten af livet er henvist til at være afhængig af bistandshjælp. Det forhold, at hun har udført den pleje i hjemmet, som sagsøgte ellers skulle have betalt for, har medført, at sagsøgte har opnået en ugrundet berigelse.

44. Sagsøgte er af den opfattelse, at den omtvistede nationale bestemmelse ikke giver anledning til nogen forskelsbehandling på grundlag af køn, at det ikke er godtgjort, at den af sagsøgeren beskrevne situation berører flere kvinder end mænd, og at den nationale bestemmelse afspejler den forpligtelse til gensidig støtte, der fremgår af familielovgivningen og opstår af moralske grunde.

45. Den tyske regering anfører, at hvis der foreligger nogen forskelsbehandling, kan det kun være en indirekte forskelsbehandling af kvinder, men at det ikke er blevet godtgjort, at den omtvistede bestemmelse, selv om den måtte berøre flere kvinder end mænd, ikke er objektivt begrundet.

Da den ydelsesberettigede i henhold til § 37 i SGB V er den forsikrede selv, er denne den eneste person, som kan anses for at blive ugunstigt berørt af den omtvistede bestemmelse, og ikke dennes familiemedlemmer. Bestemmelsen sondrer ikke efter kønnet på den person, der hjælper til i hjemmet, men derimod mellem på den ene side forsikrede personer, der bor sammen med andre personer, der kan passe dem, og derfor ikke har krav på at få den pågældende ydelse betalt af sygekassen, og på den anden side forsikrede personer, der bor alene eller sammen med personer, der ikke kan passe dem. Den forsikrede kan i alle sådanne tilfælde lige så vel være en mand som en kvinde. Efter den tyske regerings opfattelse har sagsøgeren hverken godtgjort, at hun er blevet forskelsbehandlet af den omtalte nationale bestemmelse, eller at de forsikrede personer, der får afslag på deres begæring om hjemmesygepleje, oftest er mænd.

46. Kommissionen indtager det synspunkt, at det må antages, at den nationale bestemmelse, da den ikke sondrer mellem mænd og kvinder, ikke giver anledning til nogen direkte forskelsbehandling. Bestemmelsen vil imidlertid falde ind under kategorien indirekte forskelsbehandling, hvis det kan godtgøres, at den på ugunstig vis berører et forholdsvis større antal kvinder end mænd, medmindre bestemmelsen må anses for at være begrundet i objektive hensyn, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

Om dette anfører Kommissionen, at for øjeblikket bliver over 90% af de ældre mennesker, der bor i deres eget hjem og er afhængige af, at en anden person passer dem, passet af slægtninge, og at langt flere kvinder end mænd har påtaget sig hovedansvaret her-

for [26]. På baggrund af disse oplysninger konkluderer Kommissionen, at anvendelsen af den omhandlede nationale bestemmelse indebærer en forskellig behandling. I henhold til Domstolens praksis kan en forskellig behandling imidlertid være begrundet, såfremt de valgte midler er i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats socialpolitik, er egnede til at nå det forfulgte mål og er nødvendige hertil [27].

Selv om Kommissionen anerkender, at det tilkommer den nationale ret at afgøre, om en bestemmelse, der indebærer en indirekte forskelsbehandling, er objektivt begrundet, angiver Kommissionen for at give den nationale ret en behørig vejledning nogle legitime grunde, der muligvis kan gøre sig gældende i den foreliggende sag, idet Kommissionen påpeger, at Domstolen i dens domme undertiden følger denne praksis [28].

47. Efter Kommissionens opfattelse kan den ugunstige virkning af den omtvistede tyske bestemmelse for familiemedlemmer ikke anses for at blive opvejet af den fordel, som ægtefæller eller børn med små indtægter vil opnå, såfremt de er forsikrede i henhold til den obligatoriske sygeforsikringsordning uden pligt til at betale bidrag. Kommissionen tilføjer, at det ikke er foreneligt med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 inden for en socialsikringsordning at afveje de ulemper, der er forbundet med en ydelse, mod de fordele, der er forbundet med en anden ydelse. Endvidere kan overvejelser om, at begrænsninger i ydelserne kan sikre den sociale sikringsordnings funktionsduelighed, lige så vel som budgetmæssige overvejelser ligge til grund for en medlemsstats socialpolitiske beslutninger, men de er ikke i sig selv målsætninger, der forfølges af den pågældende politik, og kan derfor ikke begrunde en beslutning, der virker til skade for det ene køn.

48. Kommissionen foreslår, at svaret på det andet spørgsmål skal være, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 skal fortolkes således, at den udelukker en national ordning, hvorefter en forsikret person kun er berettiget til hjemmehjælp, såfremt der ikke bor nogen i dennes husstand, der kan sørge for og pleje vedkommende i det nødvendige omfang, såfremt en sådan bestemmelse berører langt flere kvinder end mænd. Dette gælder dog ikke, hvis bestemmelsen er retfærdiggjort af objektive hensyn, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

49. Såfremt Domstolen når frem til, at sagsøgeren tilhører den erhvervsaktive befolkning, kan den fortsætte med at undersøge spørgsmålet, om hun, som kvinde, er udsat for forskelsbehandling i medfør af artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, der forbyder, at der med hensyn til social sikring finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæs-

26 — De oplysninger, som Kommissionen fremlægger, er hentet fra Den Femte Familierapport — Familier og familiepolitik i det forenede Tyskland: de menneskelige ressourcers fremtid, BT-Drs. 12/7560, s. 191 ff.

27 — Jf. dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571, præmis 34, og af 19.11.1992, sag C-226/91, Molenbroek, Sml. I, s. 5943, præmis 13.

28 — Kommissionen nævner dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 14, Rinner-Kühn-dommen, præmis 14, og Roks-dommen, præmis 35, henholdsvis nævnt i fodnote 6 og 27.

sig stilling, især for så vidt angår anvendelsesområdet for de sociale sikringsordninger samt betingelserne for adgang til disse.

50. På dette punkt er jeg enig med den nationale ret i, at da den omtvistede bestemmelse ikke foretager nogen sondring på grundlag af køn, kan det som udgangspunkt fastslås, at der ikke foreligger nogen direkte forskelsbehandling, og for mig at se, gør det samme sig gældende med hensyn til indirekte forskelsbehandling.

51. Der er ikke nogen tvivl om, at den hjemmesygepleje, som den forsikrede kan kræve fra sygekassen, er en del af den lovpligtige ordning, som i Forbundsrepublikken Tyskland beskytter mod de risici i form af sygdom og/eller invaliditet, der er opregnet i artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7, og en sådan sygepleje ligger derfor inden for direktivets materielle anvendelsesområde.

I Drake-sagen [29] bemærkede Domstolen, at medlemsstaterne kan sikre beskyttelse mod følgerne af risikoen for invaliditet på forskellig måde. En medlemsstat kan, som det var tilfældet i den daværende sag, indføre to forskellige ydelser, en, der udbetales til den invalide personligt, og en anden, der udbetales til plejeren, mens en anden medlemsstat kan nå til det samme resultat ved at udbetale en ydelse til den invalide, svarende til det samlede beløb for de to ovennævnte ydelser. Domstolen tilføjede herefter, at »for at sikre, at den gradvise gennemførelse af princippet om ligebehandling, der er nævnt i artikel 1 og nærmere uddybet i artikel 4 i direktiv 79/7, gennemføres på en harmonisk måde overalt i Fællesskabet, skal artikel 3, stk. 1, fortolkes således, at den omfatter enhver ydelse, der i bred forstand indgår i en af de omtalte lovbestemte ordninger, herunder også en bestemmelse om social bistand, der skal supplere eller træde i stedet for en sådan ordning«.

52. Som generaladvokat Darmon med rette påpegede i sit forslag til afgørelse i Roks-sagen [30], må det erindres, at »direktivet ... [ikke har] til formål at regulere den måde, hvorpå medlemsstaternes socialsikringsordninger fungerer ... Ifølge direktivets artikel 1 tilsigter det 'gradvis gennemførelse for så vidt angår den i artikel 3 omhandlede sociale sikring og anden social beskyttelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring'«. Endvidere, som understreget af Domstolen i den i samme sag afsagte dom [31], »[griber direktiv 79/7] ... ikke ind i den kompetence, som i henhold til traktatens artikel 117 og 118 tilkommer medlemsstaterne med henblik på fastlæggelsen af deres socialpolitik inden for rammerne af et snævert samarbejde tilrettelagt af Kommissionen, og, som følge heraf, i arten og omfanget af socialsikringsforanstaltningerne, bl. a. for så vidt angår den sociale tryghed, samt de konkrete betingelser for deres gennemførelse«.

29 — Jf. ovenfor, fodnote 4, præmis 23.

30 — Dommen er nævnt ovenfor, fodnote 27. Jf. forslaget til afgørelse, punkt 41.

31 — A.st., præmis 28.

53. Medlemsstaterne kan således frit regulere, hvorledes deres socialsikringsordninger skal fungere og fastsætte arten og omfanget af midlerne til social beskyttelse, såvel som detaljerede bestemmelser for gennemførelsen af disse regler, forudsat at princippet om ligebehandling af mænd og kvinder respekteres.

Som det er fremgået, er den i den tyske socialsikringsordning indeholdte beskyttelse mod risiko for sygdom og/eller invaliditet — i modsætning til den i Det Forenede Kongerige gældende ordning, som blev undersøgt i Drake-dommen [32] — kendetegnet ved følgende: For det første, at det i alle de tilfælde, hvor sygekassen ikke tildeler en naturalieydelse, er den forsikrede, der er berettiget til at få godtgjort udgifterne til det personale, som han har skaffet til at passe sig, og for det andet, at den forsikrede hverken kan kræve pleje eller godtgørelse af afholdte udgifter, såfremt han bor sammen med en anden person, som er i stand til at yde den nødvendige pleje og hjælp.

54. Jeg mener, at direktiv 79/7, på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin og i lyset af de domme, jeg har henvist til, ikke forhindrer en medlemsstat i at fastsætte en beskyttelse mod risikoen for sygdom og/eller invaliditet i henhold til dennes sociale sikringsordning på en sådan måde, at det, når sygekassen ikke bevilger pleje, i alle tilfælde er den forsikrede, der får ret til at få godtgjort sine udgifter til det personale, han har skaffet til at passe sig. Spørgsmålet er, om direktivets bestemmelser, herunder især artikel 4, afskærer en national lovgivning, hvorefter den forsikrede person efter omstændighederne nægtes både pleje og godtgørelse af udgifter, hvis den pågældende bor sammen med en person, der kan passe ham.

55. I henhold til Domstolens faste praksis er artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 til hinder for en national bestemmelse, som, selv om den er kønsneutral, indebærer, at langt flere kvinder end mænd behandles ugunstigt, medmindre bestemmelserne er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling [33].

56. Såvel sagsøgeren som Kommissionen hævder, at den omhandlede bestemmelse indebærer en indirekte forskelsbehandling, fordi den er til ugunst for flere kvinder end mænd, da de personer, der bor sammen med en invalid og er i stand til at passe vedkommende, i de fleste tilfælde er kvinder. Jeg vil ikke bestride, at det andet led i denne udtalelse er korrekt, men jeg kan ikke erklære mig enig i det første led.

32 — Jf. ovenfor, fodnote 4.

33 — De seneste domme i Nolte- og Megner-sagerne, jf. ovenfor, fodnote 13, henholdsvis præmis 28 og 24, samt Posthuma-van Damme-dommen, jf. ovenfor, fodnote 19, præmis 24.

57. Eftersom direktiv 79/7 har til formål gradvis at sikre gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, kan det anføres, at den omtvistede nationale bestemmelse, der er en del af en af de lovbestemte socialsikringsordninger, der nævnes i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), ikke har en ugunstig indvirkning på den ret til social sikring, der kan gøres gældende af personer, der bor sammen med en invalid, og som kan give vedkommende den nødvendige pleje og hjælp.

Som følge heraf kan en sådan bestemmelse ikke være diskriminerende, selv om der i vore dages samfund er flere kvinder end mænd, der passer syge familiemedlemmer.

58. I henhold til en ordning med sådanne kendetegn er de eneste personer, der stilles ugunstigt, de forsikrede personer, som ikke er berettiget til hjemmesygepleje, fordi de bor sammen med en, der kan passe dem. For at godtgøre, at den omstridte bestemmelse har en ugunstig virkning på langt flere kvinders sociale sikringsrettigheder end på mænds, er det efter min opfattelse nødvendigt at bevise, at de forsikrede personer, der er syge eller invalide, og som bor sammen med en, der kan passe dem, oftest er kvinder, og ikke, at plejerne oftest er kvinder. Kun i den situation vil en national bestemmelse, som den her omhandlede, være diskriminerende i den i direktiv 79/7 forudsatte forstand.

59. Sagsøgeren hævder også, at hun er udsat for forskelsbehandling, fordi det forhold, at hun har helliget sig pasningen af sin ægtefælle, har afskåret hende fra at have erhvervsmæssig beskæftigelse.

Efter min opfattelse kan den omtvistede bestemmelse heller ikke anses for at være i strid med direktiv 76/207 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder bl. a. for så vidt angår adgangen til beskæftigelse. Den nationale bestemmelse tvinger ikke nogen til at opgive sit arbejde for at passe en syg eller invalid, som vedkommende bor sammen med, ligesom bestemmelsen ikke af den grund forhindrer nogen i at arbejde eller søge arbejde, idet retten til hjemmesygepleje i form af naturalier eller refusion af udgifterne til personale, som den syge eller invalide selv har skaffet, ikke nægtes alle de forsikrede, der bor sammen med andre, men kun de forsikrede personer, i hvis husstand der er en anden person, der er i stand til at give dem den nødvendige pleje og hjælp.

60. Jeg er derfor af den opfattelse, at en national bestemmelse, hvorefter en forsikret, der er syg, ikke har krav på hjemmesygepleje for sygekassens regning, hverken i form af naturalier eller refusion af udgiften til personale, som vedkommende selv har skaffet, i en situation, hvor den forsikrede, der er den eneste, der har krav herpå, bor sammen med en anden person, der kan give denne den nødvendige pleje og hjælp, derfor ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin indebærer en forskelsbehandling på grundlag af køn i henhold til direktiv 79/7.

Tredje præjudicielle spørgsmål

61. Den nationale rets tredje spørgsmål synes at have til formål at afklare, om sagsøgeren, der ikke er forsikret af sagsøgte, kan påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7, eller om kun hendes ægtefælle, som er forsikret, kan påberåbe sig direktivets bestemmelser.

62. Dette spørgsmål er allerede blevet besvaret i Domstolens praksis. I Verholendommen [34], hvor spørgsmålet var, om den pågældende person kan påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7, når vedkommende rammes af virkningerne af en national bestemmelse, der diskriminerede over for ægtefællen, som ikke var part i sagen, bemærkede Domstolen, at »retten til at påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7 ikke er begrænset til borgere omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde, for så vidt man ikke kan udelukke, at andre personer kan have en direkte interesse i at få overholdt forbuddet mod forskelsbehandling på de beskyttede personers vegne«. Domstolen tilføjede, at skønt det i princippet skal bestemmes efter national ret, hvilke borgere der har søgsmålskompetence og retlig interesse, kræver fællesskabsretten ikke desto mindre, at den nationale lovgivning ikke gør indgreb i retten til en effektiv retsbeskyttelse [35], og at anvendelse af national lovgivning ikke kan føre til, at det i praksis bliver umuligt at udøve de rettigheder, som fællesskabsretsordenen giver [36]. Domstolen besvarede det forelagte spørgsmål bekræftende på betingelse af, at den ægtefælle, der rammes af forskelsbehandling, selv er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 79/7.

63. I Roks-sagen [37] blev Domstolen af Raad van Beroep, Hertogenbosch, bl. a. spurgt, om alene personer, der i henhold til artikel 2 i direktiv 79/7 er omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde, såfremt en national lovgivning er i strid med direktivets artikel 4, stk. 1, kan påberåbe sig denne bestemmelse for de nationale domstole og på dette grundlag udelukke anvendelsen af den nationale lovgivning, eller om også andre personer, der ikke er omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde, kan påberåbe sig direktivet.

Domstolen anførte i sin dom, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 ikke kan påberåbes af personer, der ikke er omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde, selv om personerne er omfattet af en national socialsikringsordning, der er omfattet af direktivets materielle anvendelsesområde, og svarede, at »såfremt en national lovgivning er uforenelig med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, kan alene personer, der ifølge direktivets artikel 2 er omfattet af dets personelle anvendelsesområde, og personer, der rammes af virknin-

34 — Jf. ovenfor, fodnote 8, præmis 23.

35 — Jf. dom af 15.5.1986, sag 224/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 17, og af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens, Sml. s. 4097, præmis 14.

36 — Dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 14.

37 — Jf. ovenfor, fodnote 27, præmis 41.

gerne af en national bestemmelse, der diskriminerer over for en anden person, som er omfattet af direktivets anvendelsesområde, påberåbe sig den førstnævnte direktivbestemmelse for de nationale domstole og på dette grundlag udelukke anvendelsen af den nationale lovgivning«.

64. Svaret på nærværende spørgsmål vil i lyset af ovennævnte dom helt og holdent afhænge af Domstolens svar på det første spørgsmål. Hvis Domstolen finder, at sagsøgeren ikke tilhører den erhvervsaktive befolkning i direktiv 79/7's forstand, kan hverken sagsøgeren eller hendes ægtefælle påberåbe sig direktivet for at udelukke anvendelsen af den nationale lovgivning, der hævdes at diskriminere. Hvis Domstolen på den anden side når til det resultat, at sagsøgeren tilhører den erhvervsaktive befolkning, kan både sagsøgeren og hendes ægtefælle påberåbe sig direktivet for at udelukke anvendelsen af samme nationale lovgivning.

Fjerde præjudicielle spørgsmål og første del af det femte præjudicielle spørgsmål

65. Med disse spørgsmål ønsker den nationale ret at få afklaret, om sagsøgte, som et statsligt organ, såfremt den omtvistede nationale bestemmelse anses for at føre til forskelsbehandling på grundlag af køn i direktiv 79/7's forstand, vil være erstatningspligtig og i givet fald omfanget af dette erstatningsansvar.

66. Ved gennemgangen af de således omformulerede spørgsmål, antager jeg, at det erstatningsansvar, som den nationale ret henviser til, er statens erstatningsansvar for det tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten, og at sagsøgte, Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen, må anses for at være en del af staten i vid forstand.

67. Domstolen har i Francovich-dommen [38] fastslået, at fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat, samt at princippet om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten, følger af selve traktatens system.

Domstolen fortsatte i samme dom med at anføre: »Når en medlemsstat ... tilsidesætter sin forpligtelse efter traktatens artikel 189, stk. 3, til at træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at nå det mål, der tilsigtes med et direktiv, er det, for at sikre denne traktatbestemmelses fulde virkning, nødvendigt, at der kan kræves erstatning, når følgende tre betingelser er opfyldt. Den første betingelse er, at det mål, der tilsigtes med

38 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357, præmis 33 og 35.

direktivet, indebærer, at private tillægges rettigheder. Den anden betingelse er, at indholdet af disse rettigheder kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser. Endelig er den tredje betingelse, at der er årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab« [39].

68. I Francovich-sagen kunne de berørte personer, fordi direktivets bestemmelser ikke var tilstrækkelige præcise og ubetingede, ikke påberåbe sig visse rettigheder ved de nationale domstole over for en stat, når der ikke var truffet gennemførelsesforanstaltninger inden udløbet af den fastsatte tidsfrist. I modsætning hertil, angår den foreliggende sag en bestemmelse, der er umiddelbart anvendelig.

I henhold til Domstolens faste praksis kan »private i mangel af passende gennemførelsesforanstaltninger ... påberåbe sig artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 over for de nationale domstole og på dette grundlag forhindre anvendelsen af enhver national retsforskrift i strid med artiklen, og ... kvinder (har) fra den 23. december 1984, da direktivet skulle have været gennemført ... krav på at blive behandlet på samme måde og efter samme regler som mænd i samme situation, og ... disse regler er de eneste, man gyldigt kan henholde sig til, så længe direktivet ikke er korrekt gennemført« [40].

En person, der er part i en retssag, kan endvidere i henhold til Domstolens dom i Marshall I-sagen [41] støtte ret på et direktiv over for staten, uanset i hvilken egenskab staten har handlet.

69. Som Domstolen for nylig har fastslået i sin dom i Brasserie du Pêcheur-sagen [42], »er borgernes adgang til ved de nationale retsinstanser at påberåbe sig traktatens direkte anvendelige bestemmelser alene et udtryk for, hvad der er retssikkerhedsgarantiens mindstemål, og ikke i sig selv tilstrækkelig til at sikre en fuldstændig gennemførelse af traktaten ... Denne adgang, som skal sikre, at fællesskabsrettens bestemmelser anvendes frem for nationale bestemmelser, kan ikke i alle tilfælde sikre borgeren de rettigheder, fællesskabsretten tillægger ham, og kan navnlig ikke forhindre, at han lider tab som følge af en overtrædelse af fællesskabsretten, som må tilregnes en medlemsstat«.

Domstolen tilføjede, at »formålet med erstatningen [er] at opveje de skadelige følger, en medlemsstats manglende gennemførelse af direktivets bestemmelser har for dem, der kan støtte ret på det.

Dette er også tilfældet, når der er tale om krænkelse af en rettighed, som direkte er tillagt borgerne ved en fællesskabsbestemmelse, de netop har ret til at påberåbe sig ved de nationale retsinstanser. I så fald er retten til erstatning den nødvendige konsekvens af den

39 — A.st., præmis 39 og 40.

40 — Roks-dommen, jf. ovenfor, fodnote 27, præmis 18, og dom af 24.6.1987, sag 384/85, Borrie Clarke, Sml. s. 2865, præmis 11 og 12.

41 — Jf. dom af 26.2.1986, sag 152/84, Sml. s. 723, præmis 49.

42 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Sml. I, s. 1029, præmis 20.

direkte virkning, der er tillagt de fællesskabsbestemmelser, hvis overtrædelse er årsag til det forvoldte tab« [43].

70. I lyset af disse domme og såfremt Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende, må svaret på det fjerde spørgsmål og den første del af det femte spørgsmål være, at sagsøgte som et statsligt organ kan være erstatningspligtig, og at enkeltpersoner, der har lidt et tab, ved de nationale retsinstanser kan stille krav om erstatning, såfremt det godtgøres, at den omtvistede nationale bestemmelse, efter den 23. december 1984, hvor fristen for at ændre den nationale lov i overensstemmelse med direktivet udløb, har givet anledning til forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til social sikring.

71. Som jeg allerede har anført i punkt 40, er det unødvendigt at besvare den anden del af det femte spørgsmål, idet det vedrører fortolkningsproblemer med hensyn til national lovgivning, som Domstolen ikke har kompetence til at tage stilling til.

Forslag til afgørelse

72. Jeg foreslår, i lyset af de forudgående overvejelser, at Domstolen besvarer de af Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, forelagte spørgsmål på følgende måde:

1) Sagsøgeren tilhører ikke den erhvervsaktive befolkning i henhold til Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, da hun for at kunne passe sin invalide ægtefælle hverken måtte opgive sit arbejde eller ophøre med at søge arbejde, og det er i den forbindelse uden betydning, at den pleje hun yder, er af en karakter, der går ud over, den der sædvanligvis ydes inden for rammerne af et ægteskab.

43 — A.st., præmis 21 og 22.

Hvis Domstolen ikke deler denne opfattelse, bør de øvrige spørgsmål besvares som følger:

2) Artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 er ikke til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en forsikret person ikke har krav på hjemmesygepleje for sygekassens regning, hverken i form af naturalier eller refusion af udgiften til personale, som vedkommende selv har skaffet, i en situation, hvor den forsikrede, der er den eneste, der har krav herpå, bor sammen med en anden person, der kan give vedkommende den nødvendige pleje og hjælp.

3) Hvis sagsøgeren ikke tilhører den erhvervsaktive befolkning i direktiv 79/7's forstand, kan hverken sagsøgeren eller hendes ægtefælle påberåbe sig direktivet for at udelukke anvendelsen af den nationale lovgivning, der hævdes at diskriminere. Hvis sagsøgeren derimod tilhører den erhvervsaktive befolkning, kan både sagsøgeren og hendes ægtefælle påberåbe sig direktivet for at udelukke anvendelsen af den nationale lovgivning.

4) Sagsøgte kan som et statsligt organ være erstatningspligtig, og enkeltpersoner, der har lidt et tab, kan ved de nationale retsinstanser stille krav om erstatning, såfremt det godtgøres, at den omtvistede nationale bestemmelse, efter den 23. december 1984, hvor fristen for at ændre den nationale lov i overensstemmelse med direktivet udløb, har givet anledning til forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til social sikring.