Artiklerne 1 og 2 og artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207 af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, skal fortolkes således, at en medlemsstat i fortsættelse af en lovbestemt barselorlov kan give moderen ret til en forlænget orlov, hvis gennemførelse staten støtter ved udbetaling af dagpenge. I henhold til direktivet er medlemsstaterne ikke forpligtet til at give faderen ret til den forlængede orlov, heller ikke selv om forældrene indbyrdes måtte have truffet aftale herom.

Mackenzie Stuart Koopmans Bahlmann

Galmot Pescatore O'Keeffe Bosco

Due Everling Kakouris Joliet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. juli 1984.

Justitssekretæren
efter bemyndigelse

H. A. Rühl
Ekspeditionssekretær

A. J. Mackenzie Stuart
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. DARMON FREMSAT DEN 27. JUNI 1984 [1]

Høje Domstol.

1. Landessozialgericht Hamburg har indbragt to spørgsmål for Domstolen vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 76/207 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgangen til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse, samt arbejdsvilkår. Efter min opfattelse er disse spørgsmål forelagt Domstolen med henblik på at få

1 — Oversat fra fransk.

afgrænset anvendelsesområdet dels for ligebehandlingsprincippet som fastlagt i direktivets artikel 2, stk. 1, dels for undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 3, som er begrundet i ønsket om at beskytte kvinder.

For at forstå baggrunden for de af den tyske ret forelagte fortolkningsspørgsmål er det absolut nødvendigt at give en kort fremstilling af de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for hovedsagen.

2. Sagen er opstået som følge af bestemmelserne i den tyske lov om beskyttelse af mødre, Mutterschutzgesetz, hvorefter alene moderen har ret til to på hinanden følgende orlovsperioder efter barnets fødsel:

— Den ene, barselorlov, er obligatorisk og strækker sig over en periode på otte uger efter fødslen (lovens § 6, stk. 1).

— Den anden orlov, Mutterschaftsurlaub (en forlængelse af den obligatoriske barselorlov), som blev indført ved lov af 25. juni 1979, er frivillig og fritager moderen for erhvervsarbejde fra udløbet af ovennævnte barselorlov indtil den dag, barnet fylder seks måneder (ny § 8a i Mutterschutzgesetz); under denne orlov, som jeg herefter skal betegne som »den forlængede orlov«, oppebærer moderen dagpenge, Mutterschaftsgeld, fra staten, som ikke kan overstige 25 DM pr. dag (lovens § 13, stk. 1 og 3).

Baggrunden for sagen er, at alene moderen, men derimod ikke faderen, har ret til denne orlov.

3. Efter fødslen af deres første barn havde Ulrich Hofmann og hans samleverske nemlig aftalt, at faderen skulle passe den nyfødte ved barselorlovens udløb, for at moderen hurtigst muligt kunne genoptage sin virksomhed som lærerinde for således at undgå en afbrydelse, som kunne skade hende i den karriere, hun netop havde indledt.

Efter aftale med sin arbejdsgiver tog Ulrich Hofmann derfor ferie i en periode svarende til den forlængede orlov, idet han herefter ansøgte om de dertil svarende barseldagpenge. Ansøgningen blev afslået af den kompetente sygekasse, Barmer Ersatzkasse, som Sozialgericht Hamburg frifandt under en efterfølgende retssat anlagt af Ulrich Hofmann, som herefter indbragte dommen for Landessozialgericht Hamburg. Denne ret har forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål, som i det væsentlige lyder således:

— Er det i strid med artiklerne 1 og 2 og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, at alene arbejdende mødre, og ikke en hvilken som helst af forældrene efter indbyrdes aftale, har ret til en forlænget barselorlov?

— Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, er de nævnte bestemmelser da direkte anvendelige i medlemsstaterne?

Jeg skal behandle disse spørgsmål i den angivne rækkefølge.

4. For så vidt angår det første spørgsmål, er det nødvendigt indledningsvis at henvise til de grænser, som Domstolen har fastsat for sin kompetence i præjudicielle sager.

Ifølge Domstolens faste praksis tilkommer det den ikke i henhold til trak-

tatens artikel 177 at udtale sig om, hvorvidt eksisterende nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten [1]. I det foreliggende tilfælde er det særligt vigtigt at gå frem med forsigtighed, da der verserer en traktatbrudssag for Domstolen, som bl.a. vedrører de her anfægtede bestemmelser.

I et sådant tilfælde har Domstolen ikke desto mindre altid bestræbt sig på at give et svar på grundlag af de i forelæggelsesdommen beskrevne faktiske og retlige omstændigheder, som kan være til gavn for den nationale ret [2]. Ud over disse omstændigheder skal jeg nævne de momenter, som af hovedsagens parter samt medlemsstaterne og Kommissionen er belyst under skriftvekslingen og den mundtlige forhandling. Formålet med at tage disse momenter i betragtning er nemlig at foregribe alle de fortolkningsvanskeligheder, som kan opstå i forbindelse med den nationale rets anvendelse af fællesskabsreglerne, hvilket jo er formålet med at anmode om en præjudiciel fortolkningsafgørelse [3].

Herefter kan det fastslås, at de bestemmelser i direktivet, som ifølge det forelagte spørgsmål ønskes fortolket, er dels artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, dels artikel 2, stk. 3; artikel 1 fastlægger kun formålet med direktivet uden at pålægge medlemsstaternes særlige forpligtelser.

På dette stadium kan det præjudicielle spørgsmål, som skal gennemgås, således formuleres som følger:

— Er artikel 2, stk. 2, hvorefter 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«,

til hinder for, at en medlemsstat indfører en særlig forlænget barselorlov i forlængelse af den obligatoriske barselorlov, når den forlængede orlov alene tilkommer arbejdende mødre, eller

— er en sådan forlænget orlov omfattet af

»bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«,

som er tilladt i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3?

Disse to muligheder må gennemgås ikke blot på grundlag af de påberåbte bestemmelser, men ligeledes på grundlag af de for Domstolen afgivne indlæg. Indlæggene afspejler nemlig de konkrete vanskeligheder ved at gennemføre fællesskabsretten. Efter min opfattelse er det imidlertid af afgørende betydning at tage dem i betragtning, således at den præjudicielle fortolkningsafgørelse reelt falder i tråd med den måde, hvorpå fællesskabsretten anvendes.

5. Ifølge Ulrich Hofmann og Kommissionen bør også fædre have ret til den forlængede orlov. Denne opfattelse støttes på en restriktiv fortolkning af artikel 2, stk. 3, i det omfang bestemmelsen fraviger princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn, for så vidt angår erhvervsudøvelse. Inden for bestemmelserne særlige anvendelsesområde betyder det, som anført af Kommissionen, ikke blot, at forskelsbehandlingen — beskyttelse af kvinder — skal hvile på en objektiv

1 — Jfr. bl.a. forenede sager 141-143/81, Holdijk, Sml. 1982, s. 1299, præmis 8.

2 — Sag 172/82, Syndicat national, Sml. 1983, s. 555, præmis 8.

3 — Sag 166/73, Rheinmuhlen, Sml. 1974, s. 33, præmis 2.

grund, men ligeledes, at den skal være nødvendig for at sikre den tilsigtede beskyttelse. Disse to krav er imidlertid ikke opfyldt i den tyske lovgivning.

For det første støttes moderens eneret ikke på et objektivt kriterium, der utvetydigt karakteriserer kvindens situation, som f.eks. hendes helbredstilstand efter fødslen.

Til påvisning heraf anføres bl.a. den forlængede orlovs frivilige karakter samt det forhold, at den bortfalder ved barnets død; det anføres yderligere, at de mødre, som ikke kan dokumentere, at de inden for tolv måneder umiddelbart forud for fødslen har haft ni måneders uafbrudt beskæftigelse, ikke har ret til orloven; endelig er det gjort gældende under den mudtlige forhandling, at det under hensyntagen til mulige ændringer af moderens helbredstilstand måske var for tidligt at kræve, at ansøgningen om orlov skal indgives mindst fire uger inden udløbet af den obligatoriske barselorlov. Disse forskellige forhold viser, at moderens helbredstilstand ikke er afgørende for, om der meddeles orlov, samt at det virkelige formål med orloven er at gøre det muligt for moderen at passe den nyfødte. Disse argumenter støttes af praksis, da den procentdel mødre, som opgiver deres erhvervsarbejde, ikke har ændret sig efter indførelsen af den forlængede orlov.

For det andet har Kommissionen og Ulrich Hofmann gjort gældende, at det ikke for at beskytte moderen er nødvendigt, at hun har eneret til orloven, da faderens evne til ikke blot at tage sig af barnet, men ligeledes af husholdningen, nemlig i lige så høj grad bidrager til at aflaste hende i de opgaver, som kan skade hendes helbred. Følgelig bør også faderen have ret til den forlængede orlov, jfr. princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår arbejdsvilkår (artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1).

Mere generelt har Kommissionen og Ulrich Hofmann fremhævet, at den anfægtede bestemmelse indebærer en forskelsbehandling ikke blot af fædre, men ligeledes og især af kommende mødre, bl.a. for så vidt arbejdsgiverne, for at undgå risikoen for fravær som følge af den forlængede orlov, vil være mindre tilbøjelige til at ansætte kvindelige arbejdstagere.

6. Heroverfor har sygekassen og især den tyske regering anført en — for så vidt angår de væsentligste punkter modsat rettet — fortolkning af den tyske lovgivning, som ud fra formålet — moderens helbred — skal vise at loven er fuld overensstemmelse med og derfor forenelig med undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 3.

7. Således kan parternes synspunkter vedrørende besvarelsen af det første spørgsmål sammenfattes. De forskellige synspunkter viser, hvor vanskeligt det er at fortolke artikel 2, stk. 3. Selv om det forelagte spørgsmål — er det foreneligt med direktiv 76/207 at udelukke faderen fra retten til den forlængede orlov? — nemlig kan skabe en relativ usikkerhed, således som det er formuleret, henviser

det reelt til et aktuelt krav, som i virkeligheden danner grundlaget for Ulrich Hofmanns' og Kommissionen indlæg, og som er blevet en ret i visse medlemsstater, nemlig forældrenes ligeret i forhold til barnet.

Det skal her først afgøres, om en sådan ret er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207.

Dette spørgsmål skal nødvendigvis besvares, inden den nationale ret kan træffe nogen afgørelse, da det herved er muligt at afgrænse fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin på dette område.

8. Tredje betragtning i direktiv 76/207 giver udtryk for, »at det er nødvendigt at fremme en forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau«, hvilket medlemsstaterne har erklæret sig enige om ifølge traktatens artikel 117.

Formålet med direktivet er således at føre denne programerklæring ud i livet ved at gennemføre princippet om ligebehandling af kvindelige og mandlige lønmodtagere på andre områder end lønområdet, som allerede er omfattet af EØF-traktatens artikel 109 og direktiv 75/117 [1], og socialsikringsområdet, som reguleres af direktiv 79/7 [2]. Direktivet indgår således i det system, som skal sikre, at medlemsstaterne gennemfører princippet om ligebehandling af kvindelige og mandlige lønmodtager både ved ansættelsen og under udøvelsen af deres erhverv, samt for så vidt angår faglig uddannelse, arbejdsvilkår, aflønning, afskedigelse og sociale ydelser.

Denne »landvinding« på lovgivningsområdet angiver omfanget af den ret, som ethvert af de to køn ifølge den nationale lovgiver har til i erhvervsmæssig henseende at blive behandlet på samme måde som det modsatte køn. Gennemførelsen af dette grundlæggende princip [3] forudsætter nemlig dels at arbejdstagere kun kan gøre krav på de rettigheder, som er forbeholdt arbejdstagere af det modsatte køn; dels indebærer princippet, at alene erhvervsmæssige rettigheder er omfattet af direktivet, men derimod ikke rettigheder vedrørende f.eks. egenskaben som familieforsørger, når disse rettigheder udøves uafhængigt af den erhvervsmæssige beskæftigelse.

Det fremgår klart af de således fastlagte grænser, at indførelsen af en orlov, som valgfrit tilkommer den ene af forældrene, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207. For øjeblikket tilkommer det udelukkende medlemsstaterne at foretage dette valg med henblik på at fremme en bedre fordeling af forældrenes opgaver, hvilket forklarer forskellene i de forskellige nationale lovgivninger på dette område.

Da direktiv 76/207 ikke var et passende middel til at udligne disse forskelle, fandt Kommissionen det således nødvendigt i det forslag til direktiv, som den forelagde Rådet [4], at fastlægge fælles regler for forældreorlov. Hvis man forudsætter forholdsregler, som endnu ikke er truffet, ville man med andre ord på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin gå ud over de af fælleskabslovgiveren fastsatte rammer. Herefter bør ethvert argument, som i forbindelse med

1 — EFT L 45 af 9. 2. 1975, s. 19.

2 — EFT L 6 af 10. 1. 1979, s. 24.

3 — Sag 149/77, Defrenne, Sml. 1978, s. 1365, præmis 25-29.

4 — EFT C 333 af 9. 12. 1983, s. 6.

fortolkningen af direktiv 76/207 støttes på forældreorlov, tilbagevises.

I forhold til en erhvervsmæssig fordel, som er forbeholdt kvinder, såsom en forlænget barselorlov, består der således følgende alternativer:

— Enten er der tale om en bestemmelse vedrørende »beskyttelse af kvinder« (artikel 2, stk. 3), uden at der skal tages stilling til nødvendigheden heraf i forhold til forældrenes ligeret, som er sagen uvedkommende.

— Eller der er tale om en orlov, som skal beskytte barnet, og som, da den udelukkende bevilges kvindelige arbejdstagere, indebærer en forskelsbehandling af mandlige arbejdstagere, for så vidt angår arbejdsvilkår (artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1); i så fald er medlemsstaten forpligtet til at ophæve forskelsbehandlingen, men kan selv vælge de hertil nødvendige midler. Det kan nemlig ske ved at trække den indrømmede fordel tilbage eller — hvad der forekommer mere praktisk — ved i stedet for at indføre tilsvarende foranstaltninger (refusion af omkostningerne ved at passe barnet hjemme — gratis vuggestuer) eller endelig ved at give faderen mulighed for at passe barnet, således som det er tilfældet i visse medlemsstater.

9. Ved at afgrænse formålet med direktiv 76/207 har det været muligt at fastlægge indholdet af det rejste problem. En gennemgang af direktivets opbygning giver os de nødvendige oplysninger til vurdering af rækkevidden af «undtagelserne» efter artikel 2, stk. 2-4.

Mens artikel 1 angiver direktivets formål, fastlægges det princip, som direktivet hviler på, i artikel 2, stk. 1; i artiklerne 3-5 fastlægges for hvert af direktivets anvendelsesområder indholdet for den forpligtelse, som påhviler de enkelte medlemsstater, for så vidt angår det tilsigtede resultat; endelig indeholder artiklerne 6-10 bestemmelser, der skal sikre, at princippet overholdes.

Det fremgår af den således indførte ordning, at undtagelserne efter artikel 2, stk. 2-4, nøjagtigt bestemmer rækkevidden af det i artikel 2, stk. 1, fastlagte princip. Denne opbygning viser i sig selv, hvilken betydning fællesskabslovgiverne tillægger disse forbehold, hvilket bekræftes af den gennemgang af bestemmelserne.

Undtagelsen efter artikel 2, stk. 4, indtager en særstilling. Den giver mulighed for nationale foranstaltninger »til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder«; de fraviger kun tilsyneladene princippet, idet den ved at afhjælpe de faktiske uligheder tilsigter at genoprette ligheden, men derimod ikke at påvirke den. Så snart den faktiske ulighed, som skal afhjælpes, er fastslået, skal der med andre ord anlægges en vid fortolkning af denne undtagelsesbestemmelse.

Stykke 2 hjemler en undtagelse af betydelig rækkevidde, da den bemyndiger medlemsstater til fra direktivets anvendelsesområde at »udelukke« sådanne former for erhvervsudøvelse, »for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres«. Artikel 9, stk. 2, pålægger blot medlemsstaterne at foretage regel-

mæssige undersøgelser af de former for erhvervsudøvelse, på hvilket princippet ikke anvendes, »for at vurdere, om det under hensynstagen til den sociale udvikling er berettiget, at disse fortsat udelukkes«. Disse to bestemmelser er udtryk for den af fællesskabslovgiveren udviste forsigtighed i et ønske om ikke at foregribe udviklingen af sæder og skikke, end ikke i tilfælde af en behandling, som ubestrideligt er diskriminrende. Dette ønske er sikkert ikke helt uden betydning for Domstolens afgørelse i sag 165/82, Kommissionen mod Det forenede Kongerige [1], der drejede sig om begrænsninger af mænds adgang til beskæftigelse som og uddannelse til »fødselshjælper«.

Lovgiverens initiativ er på én gang udtryk for realisme og forsigighed, idet det herved understreges, at formålet med direktivet ikke er at skabe rettigheder, hvor der ingen er, men at det tilsigter en ligestilling i erhvervsmæssig henseende, når udviklingen af sæder og skikke gør det muligt. Disse bemærkninger gælder ligeledes for artikel 2, stk. 3, og bør lægges til grund ved fortolkningen heraf.

10. Ifølge sidstnævnte bestemmelse kan medlemsstaterne opretholde eller indføre foranstaltninger vedrørende »*beskyttelse* af *kvinder, særlig* i forbindelse med graviditet og moderskab«.

Jeg har bevidst understreget rækkevidden af den således fastlagte undtagelse, idet dens såvel materielle som personlige anvendelsesområde tilsyneladende er tilstrækkelig omfattende til at begrunde en fortolkning, der støttes på kriterier, som tager hensyn til fællesskabslovgiverens hensigt som beskrevet ovenfor.

For det første forudsætter artikel 2, stk. 3, at den særlige behandling af kvinder ikke indebærer en forskelsbehandling, hvilket krav er opfyldt, når forskelsbehandlingen — beskyttelse af kvinder — kan begrundes i en objektiv forskel mellem den mandlige og den kvindelige arbejdstagers forhold. Dette objektive kriterium er knyttet til kvindens »biologiske egenart«, hvilket fremgår klart af de nævnte eksempler, henholdsvis graviditet og moderskab.

For det andet bør formålet med den erhvervsmæssige fordel, som forbeholdes kvinde, være at beskytte hende. Det er således ubestrideligt, at den orlov, som bevilges kvinden under graviditeten og umiddelbart efter fødslen, er en undtagelse i den i artikel 2, stk. 3, anførte betydning.

Bør man yderligere som foreslået af Kommissionen ud over disse to kriterier stille krav om, at forskelsbehandlingen skal være *nødvendig* for at beskytte kvinden? Spørgsmålet bør besvares benægtende, da direktivet, når henses til dets ånd, opbygning og formål, efter min opfattelse ikke kan begrunde en så restriktiv fortolkning af untagelsesbestemmelsen.

Det er tilstrækkeligt, at den nationale foranstaltning, hvorefter en erhvervsmæssig fordel forbeholdes kvinder, tilsigter at beskytte dem af objetive grunde. Det er forholdet mellem foranstaltningens formål (beskyttelse) og den objektive begrundelse, som kendetegner den (eksempelvis graviditet og moderskab) — og ikke den omstændighed, at der ikke findes alternative muligheder — som begrunder den særlige behandling af kvinder.

Det tillægskrav, som stilles af Kommissionen, indebærer, at medlemsstaterne tvinges til at vælge den mest egnede foranstaltning til beskyttelse af kvinder. Valget af foranstaltninger, som kan

1 — Dom af 8. 11. 1983, præmise 17-20, Sml. 1983, s. 3431.

begrunde en forskelsbehandling, tilkommer imidlertid udelukkende medlemsstaten. Som allerede understreget, pålægger direktivet nemlig ikke medlemsstaterne nogen forpligtelse til at indføre nye rettigheder. Der stilles kun krav om, at eksisterende forskelsbehandling ophæves. Kommissionens argumentation forudsætter imidlertid, at der er erhvervet en ret, som medlemsstaten netop ønsker at ophæve eller ikke at indføre.

For at overbevise sig herom er det tilstrækkeligt at fremdrage argumentet, hvorefter den forlængde orlov ikke er absolut nødvendig for at beskytte moderen, for så vidt denne beskyttelse kan varetages af barnets fader. Dette ville svare til at afgøre, om en national foranstaltning er forenelig med fællesskabsretten, på grundlag af et kriterium — forældres ligestilling — som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207.

11. Når det skal afgøres, om det er foreneligt med det i direktivet fastlagte princip, at man i fortsættelse af den obligatoriske barselorlov indfører en forlænget orlov, som er forbeholdt kvindelig arbejdstagere, skal det herefter undersøges, dels om denne frivillige orlov støttes på et objektivt kriterium, som er betinget af den orlovsberettigedes køn, dels om der er tale om en foranstaltning til beskyttelse af kvinder.

Ifølge de skriftlige og mundtlige indlæg er det ubestridt, at moderens helbred kræver særlig beskyttelse ved udløbet af den obligatoriske orlov. I denne forbindelse rejses der ikke tvivl hverken om de biologiske og psykiske faktorer, som endnu kan påvirke hendes helbred, eller om de statistiske oplysninger, hvoraf det fremgår, at næsten hver anden kvinde opgiver sit arbejde.

Disse objektive betragtninger gør det muligt at forstå, at den valgte form for orlov har til formål at beskytte moderen. Ud fra de nævnte statistiske oplysninger har man nemlig kunnet fastslå, at moderen ved udløbet af den otte ugers barselsorlov udsættes for en overbelastning, da hun nu ikke blot skal tage sig af husholdningen, men ligeledes genoptage sit erhvervsarbejde samt passe den nyfødte, som især i de første måneder kræver særlig omhyggelig pleje. Det er imidlertid særlig varskeligt for moderen at klare denne tredobbelte belastning, da hendes helbredstilstand rent generelt endnu er noget skrøbelig, hvilket delvis kan forklare, at så mange mødre opgiver deres arbejde. Følgelig skal den orlov, som ydes mødre efter udløbet af den obligatoriske barselorlov gøre det muligt for dem, ved at de midlertidigt fritages for en af de tre opgaver, at komme sig hurtigere og samtidig sikre dem sikkerhed i ansættelsen.

Den nationale foranstaltning støttes således ikke blot på moderens situation, som objektivt er forksellig fra den mandlige arbejdstagers, men den har yderligere til formål at beskytte hendes helbred ved at fritage hende for omgående at genoptage erhvervsarbejdet. Disse to egenskaber ved den forlængede orlov er efter min opfattelse tilstrækkelig til, at den forlængede orlov, jfr. den tyske betegnelse »Mutterschaftsurlaub«, er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 3. Jeg kan ikke tilslutte mig de argumenter, som Kommissionen og sagsøgeren i hovedsagen har anført mod denne opfattelse.

12. Herefter skal jeg nemlig komme tilbage til de enkelte punkter, som Kommissionen og sagsøgeren i hoved-

sagen har fremført i deres bestræbelser på at påvise, at betingelserne for at yde forlænget orlov er uforenelige med direktivet.

Den frivillige karakter af retten til forlænget orlov er i modsætning til de obligatoriske barselorlov ikke i strid med ønsket om at beskytte moderens helbred. Det fremgår nemlig, at den forlængede orlov er *en forebyggende foranstaltning*, som støttes af socialmedicinske betragtninger, som er bestemmende for den generelle og upersonlige karakter af den indførte ret, hvoraf fremgår, at de eneste betingelser for at yde orlov er fødslen og udøvelsen af lønarbejde, men derimod ikke forelæggelsen af en lægeattest.

Det forhold, at orlovens formål er af almindelig forebyggende art, og at det tilstræbes at undgå, at arbejdet straks genoptages, forklarer ligeledes, at ansøgning om forlænget orlov skal indgives henved tre uger inden udløbet af den obligatoriske orlov. Bevillingen af orlov støttens på en formodning — moderen bør skånes — men er uafhængig af moderens helbredstilstand, som den er eller kan forventes at blive. De orlovberettigede er dog ikke bundet af denne formodning vedrørende deres helbred, såfremt de måtte ønske at genoptage deres arbejde — eksempelvis såfremt faderen er arbejdsløs — bl.a. på grund af de økonomiske ofre, orloven indebærer, således som det er fremhævet af Forbundsrepublikken Tyskland.

At den forlængede orlov ophører ved barnets død, følger af det tilsigtede mål. Når barnet ikke længere udgør nogen »belastning« er det ikke længere i samme grad nødvendigt, at moderen fritages for sit erhvervsarbejde. Denne strengt logiske slutning mildnes i virkeligheden ved en udsættelse af orlovens udløb. Det er den samme logik, som udelukker pleje- og adoptivmødre fra den ret, der tilkommer de biologiske mødre. Den forklarer ligeledes, hvorfor retten til orlov ikke kan overdrages til faderen, selv ikke i tilfælde af moderens død. Hvorledes man end vurderer disse forhold, fremgår det klart, at de er en følge af selve formålet med den indførte orlov.

Kommissionen og Ulrich Hofmann har også henvist til en lovændring, som blev indført efter sagsanlægget ved den nationale ret, men som jeg alligevel skal gennemgå for at ophæve enhver tvetydighed vedrørende fortolkningen af undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 3. Det fremgår nemlig, at fremover har alene de mødre, som inden for en periode af tolv måneder umiddelbart inden fødslen har haft erhvervsarbejde, ret til orlov. Det skal imidlertid tilføjes, at retten ligeledes består, hvis ansøgeren har modtaget arbejdsløshedsunderstøttelse eller ydelser i form af eksistensminimum, hvilket udvider kredsen af orlovsberettigede betydeligt samtidig med, at misbrug undgås. Endelig stilles der samme krav for ydelse af den obligatoriske barselorlov. Formålet hermed er simpelt hen at undgå, at der ydes orlov til mødre, som ikke kan godtgøre, at de ikke i en periode af en vis varighed har udøvet erhvervsarbejde eller befundet sig i en hertil svarende situation.

For så vidt angår lovens rækkevidde, er det endelig blevet hævdet, at den i to henseender ikke opfylder sit formål. Dels fremgår det af den tyske regerings statistiske oplysninger, at over halvdelen af kvinderne forlader deres arbejdsplads

ved udløbet af den forlængede orlov. Dels har loven til virkning, at arbejdsgiverne tilskyndes til ikke at ansætte kvinder på grund af risikoen for fravær som følge af den forlængede orlov.

Jeg finder ikke disse argumenter overbevisende. Selv om den del af de kvindelige arbejdstagere, som opgiver deres erhvervsarbejde efter udløbet af den forlængede orlov, er uforandret, mener jeg ikke, at tallene af den grund kan tillægges den samme betydning. Man kan nemlig ikke heraf udlede, at »helbredsrisikoen ikke var afgørende på det tidspunkt, da mødrene valgte at tage forlænget orlov. Det kan tilmed antages, at den forlængede orlov ved at bidrage til, at mødrene kommer sig såvel fysisk som psykisk, giver dem mulighed for frit ved orlovens udløb at vælge, om de vil genoptage eller opgive deres erhvervsarbejde.

For så vidt angår den forlængede orlovs »amoralske« indflydelse på ansættelsen af kvinder, er der her kun tale om en blot og bar formodning, så længe der ikke foreligger bevis for denne indflydelse. Det kan i øvrigt fastslås, at mødrene i mangel af en sådan orlov, som finansieres af det offentlige, henvises til sygeorlov, hvorunder arbejdsgiveren selv må udbetale løn, uden at mødrene yder nogen arbejdsindsats. Det bemærkes yderligere, at — som understreget af Forbundsrepublikken Tyskland — kan den omhandlede orlov anses for et middel til at udligne de faktiske uligheder, som netop skyldes de biologiske ændringer hos kvinden i forbindelse med fødslen, idet den således bevarer deres muligheder ved genoptagelsen af arbejdet. I så henseende er den omfattet af de i direktivets artikel 2, stk. 4, nævnte foranstaltninger.

Herefter må man uundgåeligt rejse spørgsmålet, om undtagelsen efter artikel 2, stk. 3, ikke blot er et af fællesskabslovgiveren privilegeret udtryk for den generelle undtagelse efter artikel 2, stk. 4. Jeg går ind for denne opfattelse og finder heri en bekræftelse af, at den anfægtede undtagelsesbestemmelse ikke skal fortolkes restriktivt.

Jeg mener derfor, at det første af de af den tyske ret stillede spørgsmål skal besvares således, at den forlængede orlov, som støttes på ønsket om at beskytte moderen mod de videre virkninger af fødslen, er en foranstaltning til beskyttelse af kvinder, jfr. artikel 2, stk. 3. i direktiv 76/107, og den kan derfor ikke anses for at indebære en overtrædelse af artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1.

13. Hvis Domstolen følger dette forslag til afgørelse, er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål. Jeg skal imidlertid subsidiært gennemgå spørgsmålet, om artiklerne 1 og 2 samt artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 er umiddelbart anvendelige.

Domstolens praksis vedrørende direktivers virkning for private er nu kendt. Selv om et direktiv principielt kun har virkning for adressaten, dvs. medlemsstaterne [1], har Domtolen fastslået, at der imidlertid for private består en »mindstegranti« [2]. Private kan nemlig for de nationale domstole »over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med [et] direktive, påberåbe sig de

1 — Sag 8/81, Becker, Sml. 1982, s. 53, præmis 17-19.

2 — Sag 102/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. 1980, s. 1473, præmis 12.

»ubetingede og tilstrækkeligt præcise« forpligtelser, som direktivet pålægger [1].

Jeg skal herefter gennemgå direktiv 76/207 i lyset af de regler, som således kan udledes af Domstolens praksis.

Hvis Domstolen måtte fastslå, at retten til den forlængede bareselorlov, fordi den udelukkende tilkommer mødre — imodsætning til det af mig forfægtede synspunkt — indebærer en forskelsbehandling, som er forbudt i henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, skal det yderligere fastslås, at den i direktivet indeholdte bindende forpligtelse, for så vidt angår resultatet, opfylder de nævnte betingelse for at kunne påberåbes af private for en national ret. Jeg skal herefter i kronologisk rækkefølge gennemgå de bestemmelser i direktivet, som den forelæggende ret ønsker fortolket.

Som allerede anført skal artikel 1 betrages som en indledning til direktivet, idet den angiver formålet uden, i henhold til sin ordlyd, at pålægge medlemsstaterne nogen forpligtelse. Private kan således ikke have interesse i at påberåbe sig denne bestemmelse for de nationale retter.

Der består en direkte sammenhæng mellem artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, idet den første fastlægger den generelle forpligtelse vedrørende det tilsigtede resultat, som artikel 5, tk. 1, anvender på et af de områder, som er omfattet af direktivet. Det bestemmes nemlig, at

»anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.«

1 — Jfr. ovennævnte sag 8/81, præmis 20-25, og senest sag 301/82, SA Clin-Midy, dom af 26. 1. 1984, præmis 4, Sml. 1984, s. 251.

Den således pålagte forpligtelse er både præcis og utvetydig. På grund af visse bestemmelser i direktivet kan der imidlertid opstå tvivl, om forpligtelsen er ubetinget.

For det første kan det anføres, at forbudet mod forskelsbehandling gælder under forbehold af undtagelserne efter direktivets artikel 2. Da disse imidlertid ikke kan finde anvendelse i dette tilfælde, gælder alene den forpligtelse, som fastsættes i artikel 2, stk. 1, og som nærmere bestemmes i artikel 5, stk. 1, for så vidt angår arbejdsvilkår.

For det andet kan det fastslås, at det inden for rammerne af artikel 5 medlemsstaterne, som skal træffe alle de »nødvendige foranstaltninger« med henblik på gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet, for så vidt angår arbejdsvilkår. Ikke desto mindre er der her tale om et problem, som opstår i forbindelse med samtlige direktiver. Som det fremgår af EØF-traktatens artikel 189 overlades det til de nationale myndigheder at bestemme, hvilke midler der skal anvendes for at nå det resultat, som er fastlagt i direktivet, der er bindende for medlemsstaterne. Formålet med direktiv 76/107 er at gennemføre ligebehandling. Selv om den enkelte medlemsstat frit kan vælge de til gennemførelse heraf nødvendige midler, er det under forudsætning af, at forbudet mod forskelsbehandling overholdes, og på dette område tillægges der ikke den enkelte stat nogen skønsmargen.

Herefter må det antages, at betingelserne for, at private for nationale domstole kan påberåbe sig artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

Man skal ikke lade sig forbavse over denne virkning, da direktivets artikel 6 bestemmer, at de nødvendige bestemmelser indføres af medlemsstaterne, for

at »enhver person, der mener sig krænket ved at princippet om ligebehandling som anført i artikel 3, 4 og 5 tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser . . .«. Som allerede fastslået i en af Domstolen for nylig afsagt dom, indebærer denne garanti, at skadelidte personer »har rettigheder, der kan gøres gældende ad rettens vej« [1].

Som fremhævet af Kommissionen giver denne mulighed dem dog fortsat ikke sikkerhed for, at den fordel, som tilkommer det modsatte køn, nødvendigvis udvides til at omfatte dem. Det må ikke glemmes, at direktivet udelukkende har til formål at fremme ligebehandlingen uden af den grund at pålægge medlemsstaterne at indføre nye rettigheder. Skønt det må beklages, kan privates søgsmål derfor kun føre til, at medlemsstaten tilpligtes at skabe lighed ved at fjerne forskelsbehandling, idet det, som nævnt ovenfor under punkt 8, overlades til staten at bestemme midlerne.

14. Sammenfattende skal jeg derfor foreslå, at de to fortolkningsspørgsmål, som af Landessozialgricht Hamburg er forelagt Domstolen, besvares således:

1. Det er ikke i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, at alene mødre har ret til orlov i forlængelse af den obligatoriske barselorlov, for så vidt den forlængede orlov er en foranstaltning til beskyttelse af kvinder, jfr. ovennævnte direktivs artikel 2, stk. 3.

2. Subsidiært, artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 skaber rettigheder, som private for nationale domstole kan påberåbe sig over for den medlemsstat, som ikke har overholdt de ifølge disse bestemmelser pålagte forpligtelser.

1 — Sag 14/83, von Colson og Kamann, Sml. 1984, s. 1891, og sag 79/83, Harz domme af 10. 4. 1984, præmis 22, Sml. 1984, s. 1921.