FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 4. december 2008 [1]

1. Rådets direktiv 96/34/EF [2] har til formål at give både kvinder og mænd valgfrihed med hensyn til, om de ønsker at forlade arbejdsmarkedet definitivt, når der kommer børn, eller om de ønsker mulighed for at kunne forsætte deres karriere efter en midlertidig afbrydelse. Direktivet efterlader imidlertid uundgåeligt en række ubesvarede spørgsmål.

2. Med denne anmodning om præjudiciel afgørelse ønsker Juzgado de lo Social de Madrid (Spanien) Domstolens fortolkning af § 2, stk. 6 og 8, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som findes i bilaget til Rådets direktiv 96/34/EF (herefter »rammeaftalen vedrørende forældreorlov«), såvel som af direktiv 79/7 [3].

3. Hovedsagen er anlagt af Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho (herefter »E. Gómez-Limón«) mod Instituto Nacional de la Seguridad Social (den spanske myndighed som administrerer den offentlige sociale sikringsordning, herefter »INSS«), Tesorería General de la Seguridad Social (det spanske organ, der opkræver bidrag til den offentlige sociale sikringsordning for INSS, herefter »TGSS«), og Alcampo SA. Sagen vedrører en erhvervsudygtighedspension, som hun har ret til, og som er beregnet under hensyntagen til de faktiske lønudbetalinger og de faktiske bidragsindbetalinger under hendes forældreorlov, hvor hun arbejdede på nedsat tid, frem for på grundlag af den løn og de bidrag, der ville svare til fuldtidsansættelse.

4. Spørgsmålet er, om denne måde at beregne en erhvervsudygtighedspension på er i strid med fællesskabsretten.

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — Direktiv af 3.6.1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT L 145, s. 4).
3 — Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT L 6, s. 24).

Retsforskrifter

2. […]«.

Fællesskabsret

6. Artikel 7 i direktiv 79/7 bestemmer:

5. Artikel 4 i direktiv 79/7 fastsætter:

»1. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan undtage følgende fra direktivets anvendelsesområde:

»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:

a) […]

— anvendelsesområdet for ordningerne [vedrørende social sikring] samt betingelserne for adgang til disse,

b) fordele med hensyn til aldersforsikring til personer, som har opdraget børn; erhvervelse af ret til ydelser efter perioder, hvor beskæftigelsen har været afbrudt som følge af børneopdragelse

— bidragspligt og beregning af bidrag,

[…]«

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

7. Direktiv 96/34 har som fastsat i artikel 1 til formål at iværksætte rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som blev indgået den 14. december 1995 mellem de generelle

tværfaglige organisationer (UNICE [4], CEEP [5] og EFS [6]), og som findes i bilaget til direktivet.

8. Rammeaftalen indeholder følgende generelle betragtninger:

»[…]

8. Mænd bør tilskyndes til at påtage sig en lige så stor del af det familiemæssige ansvar som kvinder; f.eks. bør de tilskyndes til at tage forældreorlov gennem eksempelvis bevidstgørelseskampagner.

[…]

11. Medlemsstaterne bør ligeledes, når det viser sig hensigtsmæssigt under hensyn til de nationale vilkår og budgetsituationen, overveje opretholdelse af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser under minimumsperioden for forældreorlov.

[…]«.

9. I § 2 er følgende fastsat under overskriften »Forældreorlov«:

»1. I medfør af denne aftale, dog med forbehold af stk. 2 [7], bevilges der arbejdstagere, mænd såvel som kvinder, individuel ret til forældreorlov i forbindelse med et barns fødsel eller i forbindelse med adoption af et barn, for at den pågældende kan passe dette barn i mindst tre måneder, indtil barnet har nået en nærmere fastsat alder, der kan være op til otte år, og som fastlægges af medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter.

[…]

4 — Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (Sammenslutningen af Industri- og Arbejdsgiverorganisationer i Europa). Det bemærkes, at UNICE den 23.1.2007 ændrede navn til BUSINESSEUROPE, the Confederation of European Business (Den Europæiske Centralorganisation for Arbejdsgivere og Industriforbund).

5 — European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest (Det Europæiske Center for Offentlige Virksomheder og Virksomheder af Almindelig Interesse).

6 — European Trade Union Confederation (Den Europæiske Faglige Samarbejdsorganisation).

7 — Som fastsætter, at retten til forældreorlov i princippet ikke bør kunne overdrages.

6. Erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Ved orlovens ophør gælder disse rettigheder med eventuelle ændringer som følge af national ret, kollektive overenskomster eller gældende praksis.

[…]

8. Alle spørgsmål vedrørende social sikring i tilknytning til denne aftale undersøges og afgøres af medlemsstaterne i overensstemmelse med national ret under hensyntagen til, hvor stor betydning opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser vil have for retten til de forskellige sociale sikringsydelser, navnlig sygdomsbehandling.«

10. Formålet med rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, som findes i bilaget til direktiv 97/81/EF [8] (herefter »rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde«), er fastsat således i aftalens § 1:

»[…]

a) at skabe grundlag for en fjernelse af forskelsbehandling af deltidsansatte og en forbedring af kvaliteten af deltidsarbejde

b) […]«

11. I § 4 er følgende fastsat under overskriften »Princippet om ikke-forskelsbehandling«:

»1. Hvad angår ansættelsesvilkår må deltidsansatte ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, udelukkende fordi de arbejder på deltid, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold.

8 — Rådets direktiv 97/81/EF af 15.12.1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS (EFT 1998 L 14, s. 9). Selv om der ikke i den forelæggende rets spørgsmål er en specifik henvisning til dette direktiv, udgør det en del af de fællesskabsretlige rammer, inden for hvilke spørgsmålene skal besvares.

2. Hvor det er hensigtsmæssigt, gælder princippet om pro rata temporis.

[…]«

Spansk ret

12. Artikel 37, stk. 5, i Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (bekendtgørelse af lov om arbejdstagernes forhold) [9] i den affattelse, som var gældende i den periode, hvor E. Gómez-Limón udnyttede sin ret til nedsat arbejdstid på grund af pasning af sit barn [10], bestemte, at den, der som værge varetog den direkte pasning af et barn, der var under seks år gammelt, havde ret til en nedsættelse af sin arbejdstid — med en dertil svarende proportional lønnedsættelse — på mindst en tredjedel og højst halvdelen af arbejdstiden [11].

13. Artikel 139, stk. 2, i Ley General de la Seguridad Social (den almindelige lov om social sikring, herefter »LGSS«) [12] bestemmer, at en arbejdstager, der er erklæret varigt uarbejdsdygtig i forhold til sit sædvanlige erhverv, modtager en økonomisk ydelse i form af en livsvarig pension på 55% af det beløb, der fremkommer ved at dividere arbejdstagerens »bidragsgrundlag« i de 96 måneder, der går forud for den måned, hvor forsikringsbegivenheden indtrådte, med 112 [13].

14. Artikel 109, stk. 1, i LGSS bestemmer, at »bidragsgrundlaget« for alle de risici og situationer, der er dækket af den generelle ordning, herunder arbejdsulykker og erhvervssygdomme, udgøres af det samlede vederlag, uanset form eller benævnelse, som arbejdstageren er berettiget til at oppebære hver måned, eller den faktisk udbetalte månedsløn, hvis sidstnævnte er højere, for arbejde udført som lønmodtager.

15. Med henblik på fastlæggelse af det bidragsgrundlag, der gælder for en arbejdstager på nedsat tid, der som værge varetager pasningen af et barn, der er under seks år gammelt, henvises der i kongeligt dekret 2064/1995 om bidrag og fastsættelse af sociale sikringsrettigheder i øvrigt (Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social) [14] til bidragsordningen vedrørende kontrakter om

9 — Som er godkendt ved Real Decreto Legislativo (kongeligt lovdekret) nr. 1/1995 af 24.3.1995 (Boletín Oficial del Estado, BOE, af 29.3.1995).

10 — Den affattelse, som er godkendt ved Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (lov af 5.11.1999 om forening af familie- og arbejdslivet for kvindelige arbejdstagere, BOE af 6.11.1999).

11 — Artikel 37, stk. 5, i lov om arbejdstagernes forhold er efterfølgende ændret ved Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (organisk lov nr. 3/2007 af 22.3.2007 om reel ligestilling af kvinder og mænd, BOE af 23.3.2007). Ændringen øger blot spillerummet for arbejdstidsnedsættelsen, der nu kan være på mindst en ottendedel og højst halvdelen af den tidligere arbejdstid.

12 — Som i form af lovbekendtgørelse er godkendt ved Real Decreto Legislativo nr. l/1994 af 20.6.1994 (BOE af 29.6.1994).

13 — Artikel 140, stk. 1, i LGSS.

14 — Kongeligt dekret (Real Decreto) af 22.12.1995, BOE af 25.1.1996.

deltidsarbejde. Dekretets artikel 65 i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i denne sag, bestemmer, at for lønmodtagere, som har indgået kontrakt om deltids- eller afløsningsarbejde [15], fastsættes bidragsgrundlaget på grundlag af vederlaget for det præsterede antal timer.

16. Artikel 14 i Arbejdsministeriets bekendtgørelse af 18. juli 1991 vedrørende en særaftale inden for den sociale sikringsordning [16], som gælder personer, der er værger for mindreårige, fastsætter, at arbejdstagere, som i medfør af artikel 37, stk. 5, i lov om arbejdstagernes forhold har ret til en nedsættelse af deres arbejdstid med en dertil svarende proportional lønnedsættelse, fordi de varetager pasningen af et barn, der er under seks år gammelt, kan indgå en særaftale for at bevare det samme bidragsgrundlag som før nedsættelsen af deres arbejdstid. Det månedlige bidragsgrundlag [17] svarer til forskellen mellem det bidragsgrundlag, der følger af arbejdstidsnedsættelsen, og et bidragsgrundlag, som vedkommende selv kan vælge, herunder bidragsgrundlaget svarende til fuldtidsansættelse. Bidrag i henhold til denne særaftale dækker pension, varig uarbejdsdygtighed og ydelser i anledning af død samt efterladtepension efter almindelig sygdom eller en ulykke, der ikke er en arbejdsulykke.

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

17. E. Gómez-Limón havde siden den 17. december 1986 arbejdet på fuldtid i Alcampo SA. Hun indgik i overensstemmelse med lov om arbejdstagernes forhold med virkning fra den 6. december 2001 aftale med arbejdsgiveren om nedsættelse af arbejdstiden på grund af pasning af et barn, der var under seks år gammelt. Herefter arbejdede hun to tredjedele af fuldtid. Hendes løn samt hendes egne og arbejdsgiverens bidragsindbetalinger til INSS blev nedsat forholdsmæssigt. Det fremgår, at hun ikke indgik den særaftale, der er mulighed for i henhold til artikel 14 i bekendtgørelsen af 18. juli 1991.

15 — »Contrato de relevo« ifølge på det spanske Ministerio de Trabajo e Inmigración's hjemmeside vedrørende social sikring betegnelsen for en »afløsningskontrakt«, der defineres som en kontrakt, der skal indgås samtidigt med, at en person, der oppebærer delpension, tilbydes en deltidskontrakt, og som omfatter en arbejdsløs eller en arbejdstager, der har indgået en tidsbegrænset ansættelsesaftale med virksomheden, idet kontraktens formål er at dække den arbejdstid, der er blevet frigjort ved den førstnævnte persons overgang til delpension. Afløsningskontrakten er obligatorisk for at erstatte arbejdstagere, der er overgået til delpension før det fyldte 65. år, og fakultativ efter opnåelsen af denne alder. I øvrigt skal kontrakten opfylde visse betingelser i lovbestemmelserne. http://www.seg social.es/Internet_6/Masinformacion/Glosario/index.htm?ssUserText=R.

16 — Orden Ministerial de 18 de julio de 1991, por que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE af 30.7.1991). Denne bekendtgørelse er blevet ophævet og erstattet af bekendtgørelse TAS/2865/2003 af 13.10.2003 (Orden de 13 octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, BOE af 18.10.2003). På det spanske Ministerio de Trabajo e Inmigración's hjemmeside vedrørende social sikring er »convenio especial« defineret som en aftale indgået med de sociale sikringsmyndigheder vedrørende opsagte arbejdstagere eller sikrede arbejdstagere i andre særlige situationer, hvis formal er at bevare rettigheder, der er under optjening og forhindre fortabelse af rettigheder i henhold til allerede indbetalte bidrag. http://www.seg-social.es/Internet_6/Masinformacion/Glosario/index.htm?ssUserText=S.

17 — Dvs. i henhold til særaftalen. Med andre ord det »supplerende« bidragsgrundlag, som skal lægges til det almindelige bidragsgrundlag for deltidsarbejde.

18. På grund af en sygdom, der ikke var erhvervsbetinget, blev der efter anmodning fra E. Gómez-Limón gennemført en administrativ procedure, som blev afsluttet med afgørelse truffet af INSS den 30. juni 2004. I afgørelsen anerkendtes det, at arbejdstageren i forhold til sit sædvanlige erhverv er fuldstændig og varig uarbejdsdygtig på grund af betydelig nærsynethed og er berettiget til en pension på 55% af et månedligt grundbeløb på 920,33 EUR beregnet på grundlag af arbejdsgiverens faktiske bidragsindbetalinger fra 1. november 1998 til november 2004. I disse beløb indgik både arbejdsgiverens andel i form af direkte bidrag og de fradrag i arbejdstagerens løn, som arbejdsgiveren skal foretage og efterfølgende indbetale til TGSS, som er det organ, der opkræver bidragene for INSS [18].

19. E. Gómez-Limón har anlagt sag ved Juzgado de lo Social på baggrund af, at de nævnte bidrag ganske vist er de faktisk indbetalte bidrag, men at disse blev mindre som følge af hendes nedsatte arbejdstid og tilsvarende mindre løn i den periode, hvor hun havde forældreorlov for at passe sit barn. Hun mener derfor, at hendes invalidepension burde have været beregnet på grundlag af fuldtidslønnen. Ellers vil en foranstaltning, der tilsigter at sikre lighed for loven og afskaffe forskelsbehandling på grundlag af køn, ikke have nogen virkning i praksis.

20. Juzgado de lo Social har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Det ønskes oplyst, om det henset til den lighedsfremmende karakter af den forældreorlov, som bevilges arbejdstagere i en form og af en varighed, som medlemsstaterne frit har fastsat under overholdelse af minimumskravene i direktiv 96/34/EF, kan tillades, at en sådan forældreorlov, der afholdes i form af nedsat arbejdstid og løn på grund af pasning af mindreårige børn, berører de rettigheder, som den kvindelige eller mandlige arbejdstager, der har en sådan forældreorlov, er i færd med at erhverve, og om borgerne over for en medlemsstats offentlige myndigheder kan påberåbe sig princippet om, at erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve, ikke må berøres.

2) Det ønskes nærmere bestemt oplyst, om udtrykket »erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve« i § 2, stk. 6, i direktiv 96/34 kun omfatter rettigheder vedrørende arbejdsvilkårene og alene berører ansættelsesforholdet som fastlagt i kontrakten med arbejdsgiveren, eller om det også omfatter bevarelse af erhvervede rettigheder eller rettigheder,

18 — Ved 18. tillægsbestemmelse, stk. 12, i organisk lov nr. 3/2007 af 22.3.2007 er der indført en ny affattelse af artikel 180 i LGSS, som nu i nr. 3 bestemmer, at de bidrag, som er betalt i de to første år med nedsat arbejdstid på grund af pasning af et mindreårigt barn i henhold til artikel 37, stk. 5, i lov om arbejdstagernes forhold, skal medregnes således, at de opskrives til 100% af det beløb, som ville være betalt som bidrag, hvis arbejdstiden ikke var blevet nedsat, med henblik på beregningen af de i artikel 180, stk. 1, nævnte ydelser, herunder den ydelse ved varig uarbejdsdygtighed, som den foreliggende sag vedrører. Det bestemmes imidlertid udtrykkeligt i den nye organiske lov (jf. 7. overgangsbestemmelse, nr. 3), at denne bestemmelse ikke finder anvendelse på ydelser, som den forsikrede har opnået ret til, inden den nævnte lov trådte i kraft (hvilket den gjorde dagen efter offentliggørelsen i BOE den 23.3.2007).

som arbejdstageren er i færd med at erhverve, vedrørende social sikring, og om kravet om »opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser […] [af betydning] for retten til de forskellige sociale sikringsydelser« i § 2, stk. 8, i direktiv 96/34 kan anses for opfyldt ved den i sagen omhandlede ordning, som de nationale myndigheder har anvendt, samt om denne ret til opretholdelse af rettigheder vedrørende socialsikringsydelser kan påberåbes i forhold til en medlemsstats offentlige myndigheder, fordi den har et tilstrækkeligt præcist og konkret indhold.

3) Dernæst spørges det, om fællesskabsbestemmelserne tillader en national lovgivning, hvorefter arbejdstageren i en periode med nedsat arbejdstid på grund af forældreorlov vil få en mindre erhvervsudygtighedspension, end hun ville have fået, før hun tog en sådan orlov, og hvorefter udbetaling og optjening af fremtidige ydelser ligeledes nedsættes i forhold til den reducerede arbejdstid og den lavere løn.

4) Det ønskes oplyst, om kravet om, at de nationale retter fortolker den nationale ret i overensstemmelse med forpligtelserne i henhold til direktivet, således at det i videst muligt omfang sikres, at formålene med fællesskabsbestemmelserne opfyldes, også gælder for så vidt angår opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser under afholdelse af forældreorlov, og nærmere bestemt i tilfælde, hvor denne er tildelt i form af deltid eller nedsat arbejdstid som i den foreliggende sag.

5) Endelig ønskes det oplyst, om det forhold, at en arbejdstager får tilkendt og udbetalt lavere socialsikringsydelser i en periode med forældreorlov, under de konkrete omstændigheder i sagen kan anses for at udgøre en direkte eller indirekte forskelsbehandling i strid med bestemmelserne i 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 og ligeledes i strid med den almindelige tradition i medlemsstaterne for ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af mænd og kvinder, for så vidt som ligebehandlingsprincippet ikke kun gælder for arbejdsvilkårene, men også for det offentliges foranstaltninger med henblik på social beskyttelse af arbejdstagerne.«

21. INSS, den spanske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

22. Der er ikke begæret afholdt retsmøde, og et møde er ikke blevet afholdt.

Stillingtagen

Formaliteten

23. INSS og den spanske regering har betvivlet, at den forelæggende rets første spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, da spørgsmålet efter deres opfattelse er rent hypotetisk og ikke er relevant for afgørelsen i hovedsagen.

24. Mens det første spørgsmål (om hvorvidt en forældreorlovsperiode har indflydelse på rettigheder, som arbejdstageren på forældreorlov er i færd med at erhverve) er generelt, er det andet spørgsmål (om hvorvidt § 2, stk. 6, omfatter rettigheder vedrørende social sikring) mere konkret.

25. Såfremt det andet spørgsmål besvares benægtende, vil det første spørgsmål ikke længere være relevant og vil (uanset om det kan antages til realitetsbehandling eller ej) ikke længere skulle besvares.

26. Derfor bør der først tages stilling til det andet spørgsmål, som logisk set kommer før det første.

Det andet spørgsmål

27. Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål afklaring af tre forhold. For det første om udtrykket »erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve« i § 2, stk. 6, i rammeaftalen om forældreorlov i bilaget til direktiv 96/34 kun omfatter rettigheder vedrørende arbejdsvilkårene og alene berører ansættelsesforholdet som fastlagt i kontrakten med arbejdsgiveren, eller om det også berører social sikring. For det andet om kravet om »opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser« i § 2, stk. 8, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov kan anses for opfyldt i spansk ret. For det tredje om § 2, stk. 8, i så fald kan påberåbes i forhold til en medlemsstats offentlige myndigheder, fordi den har et tilstrækkeligt præcist og konkret indhold.

28. Svaret på den første del af spørgsmålet er ret ligetil. Det er rigtigt, at hverken § 2, stk. 6, i rammeaftalen om forældreorlov eller nogen anden bestemmelse i direktiv 96/34 eller i rammeaftalen om forældreorlov definerer »erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve«. Ikke desto mindre er det klart, at udtrykket ikke refererer til rettigheder vedrø-

rende social sikring såsom den ret, som E. Gómez-Limón har til erhvervsudygtighedspension [19], da sidstnævnte er omhandlet i § 2, stk. 8. Det fremgår udtrykkeligt af denne bestemmelse, at »[a]lle spørgsmål vedrørende social sikring i tilknytning til [rammeaftalen om forældreorlov] undersøges og afgøres af medlemsstaterne i overensstemmelse med national ret under hensyntagen til, hvor stor betydning opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser vil have for retten til de forskellige sociale sikringsydelser, navnlig sygdomsbehandling«.

Rammeaftalen har til formål at sætte begge parter i en ansættelseskontrakt i stand til at tilrettelægge arbejdstiden således, at arbejdstagere kan tage forældreorlov — ikke at regulere spørgsmål vedrørende social sikring.

29. Udtrykket »erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve« i § 2, stk. 6, kan derfor ikke omfatte rettigheder vedrørende social sikring. Som INSS har fremhævet i sit indlæg, har direktiv 96/34 ifølge artikel 1 til formål at iværksætte rammeaftalen vedrørende forældreorlov, der er indgået mellem de generelle tværfaglige organisationer, med andre ord mellem organisationer, der repræsenterer henholdsvis arbejdsgivere og arbejdstagere [20].

30. Med hensyn til det andet og tredje forhold, som den forelæggende ret har anført, følger det af fast retspraksis, at i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan der i mangel af rettidige gennemførelsesforanstaltninger støttes ret herpå over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, ligesom private over for staten kan påberåbe sig bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten [21]. En fællesskabsbestemmelse er ubetinget, når den indeholder en forpligtelse, som ikke er undergivet betingelser og ej heller, i henseende til gennemførelse eller virkninger, gjort afhængig af, at institutioner i Fællesskabet eller i medlemsstaterne udsteder retsakter i så henseende. En bestemmelse er tilstrækkeligt præcis til at kunne påberåbes af borgerne og anvendes af en retsinstans, når den indeholder en forpligtelse, der er utvetydigt udtrykt [22].

19 — Ydelser ved invaliditet er en traditionel gren af den sociale sikring. De er f.eks. benævnt således i artikel 4, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II s. 366, som ændret talrige gange). Det følger af fast retspraksis, at en ydelse kan anses for en social sikringsydelse, såfremt den tildeles de berettigede uden nogen individuel bedømmelse af personlige behov, men efter lovbestemte kriterier og forudsat, at den vedrører én af de risici, der udtrykkeligt er anført i artikel 4, stk. 1, forordning nr. 1408/71 (jf. bl.a. dom af 21.2.2006, sag C-286/03, Hosse, Sml. I, s. 1771, præmis 37, af 18.12.2007, forenede sager C-396/05, C-419/05 og C 450/05, Habelt m.fl., Sml. I, s. 11895, præmis 63, og af 11.9.2008, sag C-228/07, Petersen, Sml. I, s. 6989, præmis 19). Det er ikke omtvistet i den foreliggende sag, at den i hovedsagen omhandlede invaliditetsydelse er en social sikringsydelse.

20 — Jf. også 13. generelle betragtning til rammeaftalen: »Arbejdsmarkedets parter er bedst placeret til at finde løsninger, som imødekommer arbejdsgivernes og arbejdstagernes behov, og der bør følgelig overdrages dem en speciel rolle i forbindelse med gennemførelsen og anvendelsen af denne aftale«.

21 — Jf. f.eks. dom af 28.6.2007, sag C-363/05, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust og The Association of Investment Trust Companies, Sml. I, s. 5517, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Dom af 29.5.1997, sag C-389/95, Klattner, Sml. I, s. 2719, præmis 33.

31. § 2, stk. 8, i rammeaftalen om forældreorlov opfylder ikke disse krav. Den lader det tværtimod udtrykkeligt være op til medlemsstaterne, at spørgsmål vedrørende social sikring »undersøges og afgøres […] i overensstemmelse med national ret«, idet bestemmelsen blot minder dem om, at det skal være »under hensyntagen til, hvor stor betydning opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser vil have for retten til de forskellige sociale sikringsydelser, navnlig sygdomsbehandling«. Dette afspejler Domstolens retspraksis i den forstand, at socialpolitikken på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er omfattet af medlemsstaternes kompetence. Det tilkommer dem at vælge de foranstaltninger, hvormed målsætningen for deres social- og beskæftigelsespolitik kan fremmes. Medlemsstaterne råder ved udøvelsen af denne kompetence over et vidt skøn [23].

32. § 2, stk. 8, i rammeaftalen om forældreorlov pålægger derfor ikke medlemsstaterne en klar forpligtelse [24]. Det følger logisk heraf, at bestemmelsen ikke er tilstrækkeligt klar, præcis og ubetinget til at kunne påberåbes af borgerne over for staten ved nationale domstole.

33. Desuden ligger der, som anført af Kommissionen, i formuleringen: »opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser«, at *berettigelsen* til sociale rettigheder skal opretholdes, men bestemmelsen nævner ikke, at medlemsstaterne skal sikre en ret til at erhverve *nye* rettigheder under forældreorloven. Af oplysningerne i sagens akter fremgår, at Spanien faktisk tog højde for denne problematik, selv om medlemsstaten ifølge til § 2, stk. 8, i rammeaftalen om forældreorlov ikke var retligt forpligtet til at gøre det.

34. Hertil kommer, at E. Gómez-Limón i henhold til artikel 14 i bekendtgørelsen af 18. juli 1991 havde haft mulighed for at opnå en erhvervsudygtighedspension i samme omfang, som hvis hun havde fortsat med at arbejde på fuldtid [25]. Det fremgår af sagsakterne, at hun imidlertid ikke benyttede sig af den mulighed [26].

35. Sammenfattende bemærkes for det første, at § 2, stk. 6, i rammeaftalen om forældreorlov i bilaget til direktiv 96/34 ikke finder anvendelse på spørgsmål vedrørende social sikring, og for det andet, at § 2, stk. 8, i rammeaftalen om forældreorlov ikke kan påberåbes over for de offentlige myndigheder i en medlemsstat ved en national ret.

23 — Jf. f.eks. dom af 14.12.1995, sag C-317/93, Nolte, Sml. I, s. 4625, præmis 33, og af 26.9.2000, sag C-322/98, Kachelmann, Sml. I, s. 7505, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

24 — Jf. endvidere 11. generelle betragtning til rammeaftalen om forældreorlov, hvorefter medlemsstaterne, når det viser sig hensigtsmæssigt under hensyn til de nationale vilkår og budgetsituationen, bør *overveje* opretholdelse af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser under minimumsperioden for forældreorlov (min fremhævelse).

25 — I medfør af artikel 37, stk. 5, i lov om arbejdstagernes forhold. Jf. punkt 16 ovenfor, hvor det er forklaret.

26 — Jf. punkt 17 ovenfor.

36. Det er derfor ufornødent at besvare det første spørgsmål.

Det tredje og femte spørgsmål

37. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om fællesskabsretten tillader en national lovgivning, hvorefter arbejdstageren i en periode med nedsat arbejdstid på grund af forældreorlov vil få en mindre erhvervsudygtighedspension, og hvorefter udbetaling og optjening af fremtidige ydelser ligeledes nedsættes i forhold til den reducerede arbejdstid og den lavere løn.

38. Domstolens kompetence er begrænset til en undersøgelse af de fællesskabsretlige bestemmelser alene, mens det tilkommer den nationale ret at vurdere rækkevidden af de nationale bestemmelser, og hvorledes de skal anvendes [27]. Derfor opfatter jeg det således, at den nationale ret spørger, om nationale forskrifter som de i hovedsagen omhandlede er forenelige med fællesskabsretten.

27 — Dom af 1.6.2006, sag C-453/04, innoventif, Sml. I, s. 4629, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis.

39. Med det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det forhold, at en arbejdstager får tilkendt og udbetalt lavere socialsikringsydelser i en periode med forældreorlov, a) kan anses for at udgøre en direkte eller indirekte forskelsbehandling i strid med bestemmelserne i direktiv 79/7, og b) for ligeledes at være i strid med princippet om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling af mænd og kvinder, for så vidt som dette princip ikke kun gælder for arbejdsvilkårene, men også for den sociale beskyttelse af arbejdstagerne.

40. Begge spørgsmål drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt retsforskrifter, hvorefter invaliditetsydelser til en person med deltidsarbejde nedsættes forholdsmæssigt på grundlag af den faktiske arbejdstid, er forenelige med det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling af mænd og kvinder, når baggrunden for deltidsarbejdet er forældreorlov.

41. Hvis de omhandlede retsforskrifter tillægger både kvinder og mænd retten til forældreorlov, og hvis konsekvenserne af at udnytte denne ret er ens, kan der ikke være tale om direkte forskelsbehandling. Den spanske lovgivning, som er beskrevet i forelæggelseskendelsen, herunder særligt artikel 37, stk. 5, i lov om arbejdstagernes forhold, lader til at opfylde disse krav. Den derved fastsatte ordning fører derfor ikke til direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

42. Med hensyn til indirekte forskelsbehandling fremgår det af fast retspraksis, at nationale bestemmelser fører til en indirekte forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere, såfremt de, selv om de er affattet neutralt, faktisk forfordeler procentvis betydeligt flere kvinder end mænd, medmindre denne forskellige behandling er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [28].

43. Der kan med fordel trækkes en parallel til de omstændigheder, der udgør baggrunden for Grau-Hupka-dommen [29]. Rita Grau-Hupka havde anført, at der ved beregningen af hendes arbejdsophørspension ikke var taget tilstrækkeligt hensyn til det tidsrum, hvori hun varetog pasningen af sine børn. Den forelæggende ret antog, at flere kvinder end mænd er hjemmegående i en periode for at passe børn, samt at det heraf følger, at flere kvinder end mænd får en »nedsat« pension som følge af de relevante nationale bestemmelser. For så vidt som denne »nedsatte« pension anses for indkomst fra et hovederhverv, der berettiger arbejdsgiveren til at aflønne den pågældendes beskæftigelse på deltid lavere, var det rettens opfattelse, at der kan foreligge en indirekte forskelsbehandling med hensyn til løn [30].

44. Generaladvokat Jacobs tilbagebeviste denne opfattelse i forslaget til afgørelse. Rita Grau-Hupkas samlede indkomst var ganske vist lavere, men dette skyldtes »fradraget« i hendes pension, ikke en ulighed vedrørende hendes løn. For så vidt angår argumentationen, hvorefter fradraget i hendes pension ikke var i overensstemmelse med fællesskabsrettens ligebehandlingsregler, var generaladvokat Jacobs af den klare opfattelse, at den pension, som hun var tildelt, ikke var genstand for forskelsbehandling i strid med direktiv 79/7 [31].

45. Domstolen tiltrådte dette, idet den fandt, at direktiv 79/7 ikke pålægger medlemsstaterne nogen form for pligt til at tillægge personer, der har varetaget deres børns pasning, fordele i henseende til aldersforsikring, eller til at sikre ret til ydelser på grundlag af perioder, i hvilke den erhvervsmæssige beskæftigelse har været afbrudt som følge af børnepasning. Domstolen fortsatte: »Da fællesskabsbestemmelserne om ligebehandling med hensyn til social sikring ikke forpligter medlemsstaterne til ved beregningen af den lovpligtige arbejdsophørspension at tage hensyn til tidsrum, der har været anvendt til børnepasning, kan den omstændighed, at en person, der som pensions-

28 — Jf. dom af 6.4.2000, sag C-226/98, Jørgensen, Sml. I, s. 2447, præmis 29, Kachelmann-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 23; dom af 9.9.2003, sag C-25/02, Rinke, Sml. I, s. 8349, præmis 33, og af 12.10.2004, sag C-313/02, Wippel, Sml. I, s. 9483, præmis 43.

29 — Dom af 13.12.1994, sag C-297/93, Grau-Hupka, Sml. I, s. 5535.

30 — Jf. forslaget til afgørelse fra generaladvokat Jacobs fremsat den 29.6.1994, punkt 15.

31 — Jf. punkt 17 i forslaget. Særligt påpegede generaladvokat Jacobs, at artikel 7, litra b), i direktiv 79/7 er en fakultativ, ikke en obligatorisk bestemmelse.

modtager er socialt sikret, kan aflønnes med en lavere løn end normalt, selv om arbejdsophørspensionen er nedsat på grund af perioder med indtægtsbortfald som følge af børnepasning, ikke anses som værende i strid med princippet om lige løn til mænd og kvinder ifølge traktatens artikel [141 EF] og ligelønsdirektivet« [32].

46. Der er for mig at se ingen relevant forskel mellem arbejdsophørspension og erhvervsudygtighedspension, som kan begrunde en forskellig tilgang med hensyn til anvendelse af princippet om pro rata temporis ved beregning af erhvervsudygtighedspension.

47. Efter hvad der fremgår af nyere retspraksis, giver rammeaftalen vedrørende forældreorlov ikke anledning til at ændre denne analyse [33].

48. Nærmere bestemt er Domstolen ikke tilbøjelig til at anse de konsekvenser, som forældreorlov kan have for beregningen af visse ydelser, for at være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn.

49. Domstolen har f.eks. fundet, at artikel 141 EF og Rådets direktiv 75/117/EØF [34] ikke er til hinder for, at en fratrædelsesgodtgørelse beregnes på en sådan måde, at der med henblik på at bestemme ancienniteten i ansættelsesforholdet tages hensyn til varigheden af militærtjeneste eller tilsvarende civil arbejdstjeneste (der hovedsagligt aftjenes af mænd), men ikke til varigheden af forældreorlov (der som oftest tages af kvinder) [35]. I denne forbindelse har Domstolen fremhævet, at mens aftjening af værnepligt betragtes som en borgerpligt, der er foreskrevet ved lov og ikke er tilpasset arbejdstagerens egen interesse, er forældreorlov en frivillig orlov, som arbejdstageren tager for at opdrage sit barn [36].

50. Domstolen har ligeledes udtalt, at en arbejdstager, der tager forældreorlov, befinder sig i en særlig situation, som ikke kan sidestilles med situationen for en mand eller kvinde, som arbejder, eftersom orloven er kendetegnet ved, at arbejdsaftalen og dermed også arbejdsgiverens og arbejdstagerens

32 — Grau-Hupka-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 27 og 28. Jf. også dom af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit, Sml. I, s. 12575, præmis 90 og 91, hvor Domstolen udtalte, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en arbejdsophørspension ved deltidsbeskæftigelse beregnes efter en pro rata temporis-regel. En hensyntagen til hvor lang tid, den pågældende faktisk har arbejdet i løbet af dennes tjenestetid sammenlignet med den tid, hvori en person, der i hele sin tjenestetid har arbejdet på fuld tid, har arbejdet, er et objektivt kriterium, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, og som således kan begrunde en forholdsmæssig nedsættelse af pensionen. Jf. også forslaget til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed fremsat den 22.5.2003, punkt 102.

33 — Ifølge artikel 2, stk. 1, i direktiv 96/34 skulle medlemsstaterne sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 3.6.1998 eller sikre sig, at arbejdsmarkedets parter senest denne dato har indført de nødvendige bestemmelser ad aftalemæssig vej, idet medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger for på et hvilket som helst tidspunkt at være i stand til at sikre de resultater, der er foreskrevet i dette direktiv.

34 — Direktiv af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

35 — Dom af 8.6.2004, sag C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 5907, præmis 65.

36 — Dommen i sagen Österreichischer Gewerkschaftsbund, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 60 og 61.

respektive forpligtelser er stillet i bero [37]. Derfor har Domstolen konkluderet, at artikel 141 EF, artikel 11, stk. 2, litra b), i Rådets direktiv 92/85/EØF [38] og § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov ikke er til hinder for, at en arbejdsgiver ved udbetalingen af et julegratiale til en kvinde, der har orlov til børnepasning, tager hensyn til sådanne orlovsperioder [39], således at ydelsen nedsættes forholdsmæssigt [40].

51. Disse to domme omhandlede begge kontraktforholdet mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren. Eftersom Domstolen ikke anser de konsekvenser, som forældreorlov kan have for beregningen af visse ydelser, for at være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn, vil det for mig at se være inkonsekvent at indtage en anden holdning i forhold til social sikring. Mens forholdet mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren er omfattet af anvendelsesområdet for rammeaftalen vedrørende forældreorlov og EF-retten generelt, henhører spørgsmål vedrørende social sikring overvejende under medlemsstaternes kompetence. Derfor falder disse spørgsmål uden for anvendelsesområdet for rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som det klart fremgår af denne aftales § 2, stk. 8.

52. Som Kommissionen har bemærket, indeholder desuden hverken direktiv 96/34 eller noget andet fællesskabsdirektiv udtrykkelige bestemmelser vedrørende løn under forældreorlov. Regulering af dette spørgsmål er derfor omfattet af medlemsstaternes kompetence.

53. I overensstemmelse med princippet om forbud mod forskelsbehandling i § 4, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde må deltidsansatte ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, udelukkende fordi de arbejder på deltid, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold. Imidlertid er det i § 4, stk. 2, i denne rammeaftale udtrykkeligt fastsat, at princippet om pro rata temporis gælder, hvor det er hensigtsmæssigt [41].

54. Det er naturligvis tillokkende at argumentere for, at man skal tilskyndes til at tage forældreorlov [42] ved *ikke* at få nedsat sin ret til sociale sikringsydelser svarende til den faktiske arbejdstid, men i stedet tillade personer på forældreorlov fortsat et erhverve rettigheder, som om de stadig arbejdede på fuldtid. En sådan tilgang ville øge den faktisk

37 — Dom af 21.10.1999, sag C-333/97, Lewen, Sml. I, s. 7243, præmis 37.

38 — Direktiv af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF), EFT L 348, s. 1).

39 — I Lewen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, anvendes »forældreorlov« og »orlov til børnepasning« i flæng, jf. f.eks. præmis 10.

40 — Lewen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 50.

41 — Jf. også forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott fremsat den 9.1.2008 i sag C-268/06, dom af 15.4.2008, Impact, Sml. I, s. 2483, punkt 101.

42 — Formålet med rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde er ifølge § 1, litra a), »at skabe grundlag for en fjernelse af forskelsbehandling af deltidsansatte og en forbedring af kvaliteten af deltidsarbejde«.

eksisterende lighed mellem kønnene [43] ved at tage hensyn til det forhold, som er bemærket i forelæggelseskendelsen, at kvinder er betydeligt mere tilbøjelige til at tage forældreorlov for at passe deres børn. Det ville også tilskynde mænd til at gøre det samme [44].

55. Imidlertid kan jeg ikke læse de gældende lovbestemmelser som udtryk for, at der påhviler medlemsstaterne nogen forpligtelse til at foranstalte en sådan tilskyndelse til at tage forældreorlov. Tværtimod rummer de en udtrykkelig bestemmelse om anvendelse af princippet om pro rata temporis og forbeholder medlemsstaterne en betydelig skønsmargin til at træffe enhver foranstaltning, som de måtte finde hensigtsmæssig. I denne forbindelse bemærkes, at det fremgår, at den spanske lovgiver på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen havde indført en bestemmelse, hvorefter arbejdstagere kunne indgå en særaftale med henblik på at bevare deres hidtidige bidragsgrundlag [45], og at der nu er indført en ordning [46], som gør det muligt for personer, der går på nedsat tid for at passe et barn, at bevare deres oprindelige dækningsomfang for så vidt angår social sikring i de første to år, hvor de er på nedsat tid.

43 — Jf. f.eks. C. Barnard, *EC Employment Law*, 3. udg., 2006, s. 333-338.

44 — Jf. f.eks. ottende generelle betragtning til rammeaftalen vedrørende forældreorlov, hvorefter »mænd bør tilskyndes til at påtage sig en lige så stor del af det familiemæssige ansvar som kvinder; f.eks. bør de tilskyndes til at tage forældreorlov gennem eksempelvis bevidstgørelseskampagner«.

45 — Jf. punkt 16 ovenfor.

46 — Jf. fodnote 18 ovenfor.

56. Hvis tilskyndelse til at gå på forældreorlov socialt set er ønskeligt — hvilket det meget vel kan være — er det op til medlemsstaterne og/eller fællesskabslovgiver at iværksætte de fornødne lovgivningsmæssige foranstaltninger til nå dette mål. Som det er nu, rummer fællesskabslovgivningen imidlertid ingen forpligtelse til at sikre, at ret til sociale sikringsydelser opretholdes under forældreorlov, som om den pågældende ikke var på forældreorlov, men stadig arbejdede på fuldtid.

57. En lovgivning, hvorefter en erhvervsudygtighedspension beregnes efter princippet om pro rata temporis ud fra den faktiske arbejdstid i forhold til deltidsarbejde, er derfor efter min opfattelse forenelig med fællesskabsretten, selv når baggrunden for arbejdstidsnedsættelsen er forældreorlov.

Det fjerde spørgsmål

58. Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om kravet om, at de nationale retter fortolker den nationale ret i overensstemmelse med forpligtelserne i henhold til direktiv 96/34, også gælder for så vidt angår opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser under afholdelse af forældreorlov, og nærmere bestemt i tilfælde, hvor denne er tildelt i form af deltid eller nedsat arbejdstid som i den foreliggende sag.

59. Såfremt jeg har ret i, at § 2, stk. 8, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov ikke pålægger medlemsstaterne, som kompetencen i spørgsmål vedrørende social sikring er forbeholdt, forpligtelser, er det ufornødent at besvare dette spørgsmål.

Forslag til afgørelse

60. På baggrund af ovenstående er jeg af den opfattelse, at de af Juzgado de lo Social de Madrid forelagte spørgsmål bør besvares således:

»— § 2, stk. 6, i rammeaftalen om forældreorlov i bilaget til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS, finder ikke anvendelse på spørgsmål vedrørende social sikring.

— § 2, stk. 8, i rammeaftalen om forældreorlov pålægger ikke medlemsstaterne en tilstrækkeligt klar, præcis og ubetinget forpligtelse og kan derfor ikke påberåbes over for de offentlige myndigheder i en medlemsstat ved de nationale domstole.

— En lovgivning, hvorefter en erhvervsudygtighedspension beregnes efter princippet om pro rata temporis ud fra den faktiske arbejdstid i tilfælde af deltidsarbejde, er ikke uforenelig med fællesskabsretten, selv når baggrunden for arbejdstidsnedsættelsen er forældreorlov.«