DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

8. september 2005 *

I sag C-191/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Labour Court (Irland) ved afgørelse af 14. april 2003, indgået til Domstolen den 12. maj 2003, i sagen:

North Western Health Board

mod

Margaret McKenna,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne C. Gulmann (refererende dommer) og R. Schintgen,

* Processprog: engelsk.

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. juni 2004,

efter at der er afgivet indlæg af:

— North Western Health Board ved A. Collins, SC, og A. Kerr, BL

— Margaret McKenna ved D. Connolly, SC, og M. Bolger, BL

— Irland ved E. Regan og S. Belshaw, BL

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato A. Cingolo

— den østrigske regering ved E. Riedl, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved R. Caudwell, som befuldmægtiget, bistået af barrister K. Smith

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M.-J. Jonczy og N. Yerrell, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 2. december 2004,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 141 EF, Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19) og Rådets direktiv 76/207/EØF 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 (EFT L 39, s. 40).

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en sag mellem North Western Health Board (herefter »NWHB«) og dennes ansatte, Margaret McKenna, vedrørende den løn, som Margaret McKenna oppebar i løbet af en fraværsperiode på grund af graviditetsbetinget sygdom, og vedrørende fratrækning af et sådant sygefravær i det samlede maksimale antal lønnede sygedage, en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode.

Retsforskrifter

3 Artikel 141, stk. 1 og 2, EF bestemmer:

»1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

2. Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

[...]«

4 Artikel 1, stk. 1, i direktiv 75/117 lyder som følger:

»Det i artikel [141] [...] i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder [...] indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.«

5 Direktivets artikel 3 bestemmer:

»Medlemsstaterne afskaffer sådan forskelsbehandling mellem mænd og kvinder, som følger af en administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse, og som er i strid med ligelønsprincippet.«

6 Artikel 4 bestemmer nærmere:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til, at de bestemmelser i kollektive overenskomster, lønskalaer eller lønaftaler eller i individuelle arbejdskontrakter, der er i strid med ligelønsprincippet, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres.«

7 I henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 76/207 tilsigter direktivet »gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring«.

8 Direktivets artikel 2 bestemmer:

»1. Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

[...]

3. Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

[...]«

9 Direktivets artikel 5 regulerer ligebehandling med hensyn til arbejdsvilkår på følgende måde:

»1. 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.

2. Med henblik herpå træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger til:

a) at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves

b) at de bestemmelser i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter, i virksomheders interne reglementer eller i vedtægter for selvstændige

erhverv, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres

[...]«

10 Direktiv 75/117 og direktiv 76/207 er gennemført i irsk ret ved lov om ligebehandling med hensyn til ansættelse (Employment Equality Act) fra 1998.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11 Margaret McKenna, som er ansat hos NWHB i den offentlige sektor i Irland, blev gravid i januar måned 2000. På grund af graviditetsbetinget sygdom havde hun i henhold til lægeerklæring sygeorlov under næsten hele sin graviditet.

12 Ifølge NWHB's sygefraværsordning har de ansatte ret til løn under sygefravær i op til 365 dage i løbet af en given fireårig periode. I højst 183 sygedage i en given 12-måneders periode udbetales fuld løn. For dage ud over 183 dage i en 12-måneders periode betales kun halv løn og alene under forudsætning af, at det maksimale antal sygedage på 365 dage i en fireårig periode ikke overskrides.

13 Den pågældende ordning sondrer ikke mellem graviditetsbetinget sygdom og sygdom, der ikke skyldes graviditet. I ordningen sidestilles uarbejdsdygtighed som følge af graviditetsbetinget sygdom med sygeorlov, der gives på grund af almindelig sygdom, idet det fastsættes i ordningens almindelige betingelser, at »enhver uarbejdsdygtighed på grund af en graviditetsbetinget sygdom, der opstår inden begyndelsen af de 14 ugers barselsorlov«, anses for henhørende under NWHB's sygefraværsordning.

14 I medfør af disse bestemmelser blev Margaret McKenna anset for at have udtømt sin ret til fuld løn den 6. juli 2000. Hendes løn blev således nedsat til det halve fra denne dato og frem til den 3. september 2000, hvor hendes barselsorlov begyndte. Barselsorloven varede til den 11. december 2000.

15 Under sin barselsorlov oppebar Margaret McKenna fuld løn i overensstemmelse med de regler, som Sundheds- og børneministeriet anvender på Health Boards.

16 Da barselsorloven ophørte, var hun fortsat uarbejdsdygtig af helbredsmæssige årsager. I medfør af sygefraværsordningen blev hendes løn på ny nedsat til det halve.

17 Margaret McKenna har over for Equality Officer bestridt, at sygefraværsordningen finder anvendelse i hendes tilfælde.

18 Hun har gjort gældende, at hun er blevet udsat for forskelsbehandling i strid med direktiv 76/207, fordi hendes graviditetsbetingede sygdom er blevet sidestillet med en sygdom, og fordi hendes fraværsdage er blevet fratrukket det samlede antal sygedage, hun havde ret til.

19 Hun har endvidere anført, at nedsættelsen af hendes løn til halvdelen efter den periode på 183 dage, hvor hun havde ret til fuld løn, udgjorde en mindre gunstig lønmæssig behandling i strid med artikel 141 EF og direktiv 75/117.

20 Ved afgørelse af 13. august 2001 imødekom Equality Officer Margaret McKennas argumentation. Han gav ordre om udbetaling til Margaret McKenna af den omtvistede lønrestance. Han tilkendte hende ligeledes erstatning for den forskelsbehandling, hun havde været udsat for.

21 NWHB anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse ved Labour Court.

22 Labour Court har for det første bemærket, at arbejdsgiveren er en statslig myndighed, hvorfor der kan støttes ret på et direktiv over for denne.

23 Herefter har den forelæggende ret bemærket, at den for retten verserende tvist indeholder to aspekter. Dels må det fastslås, om Margaret McKenna har været offer for forskelsbehandling, fordi hendes fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom er blevet fratrukket i det samlede antal sygedage, hun har ret til, hvilket betyder, at

hendes ret til ydelser kan blive indskrænket eller udtømt i de kommende år, såfremt hun på ny skulle blive syg. Dels må det undersøges, om Margaret McKenna har været udsat for lønmæssig forskelsbehandling, ved at hendes løn blev nedsat til det halve efter de første 183 sygefraværsdage.

24 På denne baggrund har Labour Court besluttet at udsætte sagen og at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Falder forvaltningen af en sygefraværsordning, der behandler ansatte, der lider af en graviditetsbetinget sygdom, på samme måde som ansatte, der lider af anden sygdom, inden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, er det da i strid med direktiv 76/207, at en arbejdsgiver fratrækker en fraværsperiode, som skyldes uarbejdsdygtighed på grund af graviditetsbetinget sygdom under svangerskabet, i den ansattes samlede ret til ydelser i henhold til sygefraværsordningen?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, kræver direktiv 76/207 da, at en arbejdsgiver har en særlig ordning, der omfatter fravær, som skyldes uarbejdsdygtighed på grund af graviditetsbetinget sygdom under svangerskabet?

4) Falder forvaltningen af en sygefraværsordning, der både omfatter ansatte, der lider af graviditetsbetinget sygdom, og ansatte, der lider af anden sygdom, inden for anvendelsesområdet for artikel 141 [EF] og direktiv 75/117?

5) Såfremt spørgsmål 4 besvares bekræftende, er det da i strid med artikel 141 [EF] og direktiv 75/117, at en arbejdsgiver nedsætter en kvindes løn, efter at hun har været fraværende i en nærmere angiven periode, når fraværet skyldes uarbejdsdygtighed på grund af graviditetsbetinget sygdom under svangerskabet, under omstændigheder, hvor en ikke-gravid kvinde eller en mand, der er fraværende i en tilsvarende periode som følge af uarbejdsdygtighed, der alene er forårsaget af anden sygdom, vil blive udsat for en tilsvarende lønnedgang?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første og det fjerde spørgsmål

25 Med det første og det fjerde spørgsmål, som skal behandles under et, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en sygefraværsordning, som behandler kvindelige arbejdstagere, der lider af en graviditetsbetinget sygdom, på samme måde som andre arbejdstagere, der er ramt af en sygdom, som ikke skyldes graviditet, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207 eller af anvendelsesområdet for artikel 141 EF og direktiv 75/117.

26 Margaret McKenna og den italienske regering er af den opfattelse, at en ordning som den i hovedsagen omhandlede er omfattet af direktiv 76/207, for så vidt som den bestemmer, at fravær som følge af graviditetsbetinget sygdom fratrækkes i den pågældendes ret til fravær under anden sygdom, men også er omfattet af artikel 141 EF og direktiv 75/117, for så vidt som den resulterer i en lønnedgang efter 183 fraværsdage på grund af graviditetsbetinget sygdom.

27 NWHB, den irske og den østrigske regering samt Det Forenede Kongeriges regering har anført, at ordningen udelukkende er omfattet af artikel 141 EF og direktiv 75/117, idet hovedsagen drejer sig om løn i disse bestemmelsers forstand, og idet den lønnedgang, som Margaret McKenna har anfægtet, er en direkte og automatisk konsekvens af den pågældende ordning.

28 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber finder derimod, at sagen vedrører arbejdsvilkår. De lønmæssige konsekvenser er blot indirekte. Derfor er det kun direktiv 76/207, som finder anvendelse.

29 I denne forbindelse bemærkes, at fortsat udbetaling af arbejdstagerens løn i tilfælde af sygdom er omfattet af begrebet løn i den i artikel 141 EF forudsatte betydning (jf. dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 7), som omfatter samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller i naturalier, i henhold til ansættelseskontrakten, ifølge lov eller frivilligt (jf. dom af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 32).

30 Løn, der er omfattet af artikel 141 EF og af direktiv 75/117, kan ikke tillige være omfattet af direktiv 76/207. Det fremgår nemlig af anden betragtning til dette direktiv, at det ikke omhandler »løn« i de nævnte bestemmelsers forstand (jf. dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 24).

31 En ordning som den, der er omhandlet i hovedsagen, fastsætter betingelserne for fortsat udbetaling af arbejdstagerens løn i tilfælde af fravær på grund af sygdom. Den gør fortsat udbetaling af fuld løn betinget af, at et maksimalt antal fraværsdage pr. år

ikke overskrides, og i tilfælde af overskridelse sker der fortsat udbetaling af 50% af lønnen i et samlet maksimalt tidsrum, der fastlægges hvert fjerde år.

32 Denne ordning, som fører til lønnedgang, og herefter til tab af retten til løn, fungerer automatisk på grundlag af en talmæssig opgørelse over fraværsdage, der skyldes sygdom.

33 De indførte regler er således omfattet af anvendelsesområdet for artikel 141 EF og direktiv 75/117 (jf. analogt om en ordning for oprykning til en højere lønramme på grundlag af anciennitetsregler dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 9 og 10).

34 Den omstændighed, at retten til fortsat udbetaling af løn ikke begrænses eller ophører med det samme, men først sker efter udløbet af en vis periode, ændrer ikke ved, at reglerne automatisk finder anvendelse, når de angivne betingelser er opfyldt.

35 Følgelig skal det første og det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares med, at en sygefraværsordning, som behandler kvindelige arbejdstagere, der lider af en graviditetsbetinget sygdom, på samme måde som andre arbejdstagere, der er ramt af en sygdom, som ikke skyldes graviditet, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 141 EF og direktiv 75/117.

Det andet, tredje og femte spørgsmål

36 Henset til besvarelsen af det første og det fjerde spørgsmål samt til de oplysninger i hovedsagen, som den forelæggende ret skal tage stilling til, behandles det andet, tredje og femte spørgsmål samlet.

37 Med disse tre spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 141 EF og direktiv 75/117 skal fortolkes således, at det udgør forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt:

— en regel i en sygefraværsordning fastsætter, at lønnen nedsættes både for en kvindelig arbejdstager, der er fraværende før sin barselsorlov på grund af graviditetsbetinget sygdom, og for en mandlig arbejdstager, der er fraværende som følge af anden sygdom, når fraværet overstiger en vis periode

— en regel i en sygefraværsordning fastsætter, at sygefravær skal fratrækkes det samlede maksimale antal lønnede sygedage, som en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode, uanset om sygdommen er graviditetsbetinget eller ej.

38 For så vidt angår lønnen finder NWHB, den irske regering og Det Forenede Kongeriges regering ikke, at den kvindelige arbejdstager har krav på fortsat udbetaling af fuld løn, eller at en regel som den, der er omhandlet i hovedsagen,

udgør forskelsbehandling. NWHB og Det Forenede Kongeriges regering har ikke fremsat bemærkninger om det forhold, at fraværet fratrækkes sygedagene. Den irske regering finder generelt ikke, at medlemsstaterne er forpligtet til at vedtage særlige bestemmelser, der skal gælde for fravær på grund af sygdom opstået under graviditet.

39 Margaret McKenna, den italienske og den østrigske regering samt Kommissionen har anført, at en lønnedgang som den i hovedsagen omhandlede udgør forskelsbehandling på grundlag af køn. Margaret McKenna, den italienske regering og Kommissionen har anført, at det samme gælder med hensyn til den omstændighed, at sygefraværsdagene fratrækkes det samlede maksimale antal sygedage, som en arbejdstager har ret til. Den østrigske regering har anført, at der generelt må gælde andre bestemmelser for uarbejdsdygtighed på grund af graviditet end dem, som gælder for uarbejdsdygtighed af andre grunde.

Opbygning og udvikling af de fællesskabsretlige regler om ligebehandling af mænd og kvinder inden for området; rettigheder for kvinder, der er gravide eller lige har født

40 Det bemærkes, at i hovedsagen skyldes lønnedgangen og den omstændighed, at arbejdsgiveren fratrækker fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom, at den almindelige sygefraværsordning for alle arbejdstagere anvendes på kvinder, som er gravide eller lige har født.

41 De forelagte spørgsmål skal behandles i lyset af opbygningen og udviklingen af de fællesskabsretlige regler om ligebehandling af mænd og kvinder inden for det område, som vedrører rettigheder for kvinder, der er gravide eller lige har født.

42 På dette område er formålet med reglerne at beskytte kvindelige arbejdstagere før og efter fødslen (jf. med hensyn til barselsorlov dommen i sagen Gillespie m.fl., præmis 20).

43 Fællesskabsretten garanterer først og fremmest en særlig beskyttelse mod afskedigelse frem til barselsorlovens afslutning.

44 Domstolen har fastslået, at i barselsorlovsperioden er en kvinde beskyttet mod afskedigelse som følge af sit fravær (jf. dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Sml. I, s. 3979, præmis 15).

45 Hvad angår sygdom, der indtræder efter barselsorloven, har Domstolen derimod udtalt, at der ikke er grundlag for at sondre mellem sygdomme, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, og andre sygdomme, og førstnævnte sygdomme er derfor omfattet af de almindelige bestemmelser om sygefravær. I en sådan situation har Domstolen udledt, at fællesskabsretten ikke er til hinder for afskedigelse som følge af fravær, der skyldes en sygdom, som er forårsaget af graviditet eller fødsel (dommen i sagen Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, præmis 16 og 19).

46 I et tilfælde, hvor en kvindelig arbejdstager var blevet afskediget på grund af graviditetsbetinget sygdom opstået før barselsorloven, har Domstolen bemærket, at graviditet på ingen måde kan sammenlignes med en patologisk tilstand. Domstolen konstaterede dog, at graviditeten er en periode, hvorunder der kan indtræde sygdomme og komplikationer, som kan gøre det nødvendigt for en kvinde at underkaste sig et nøje lægeligt tilsyn og i givet fald holde sig i fuldstændig ro under hele graviditeten eller en del af denne. Domstolen fandt, at sådanne sygdomme og

komplikationer, som kan føre til uarbejdsdygtighed, hører til de særlige risici i forbindelse med graviditet og følgelig er en del af de særlige omstændigheder ved denne tilstand (dom af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185, præmis 22).

47 Efter at have bemærket, at en eventuel afskedigelse udgør en risiko for den fysiske og psykiske tilstand hos arbejdstagere, som er gravide, lige har født eller ammer, herunder en særlig alvorlig risiko for, at den gravide arbejdstager fristes til frivilligt at lade sit svangerskab afbryde, fastslog Domstolen derfor, at en kvinde skal beskyttes mod afskedigelse ikke blot under barselsorloven, men under hele graviditeten. Domstolen konstaterede, at en afskedigelse af en kvindelig arbejdstager, som finder sted under graviditeten, under henvisning til fravær som følge af uarbejdsdygtighed, der skyldes graviditeten, er forbundet med, at de særlige risici ved graviditeten har vist sig, og må derfor i det væsentlige anses for begrundet med graviditeten. På denne baggrund udledte Domstolen, at en sådan afskedigelse kun kan berøre kvinder og følgelig er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. Brown-dommen, præmis 18 og 24).

48 I betragtning af de skadevirkninger, som risikoen for afskedigelse kan have for den fysiske og psykiske tilstand hos arbejdstagere, som er gravide, lige har født eller ammer, opstilles der i artikel 10 i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1), et forbud mod afskedigelse i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af barselsorloven.

49 Ud over at sikre en arbejdstager, der er gravid eller lige har født, mod at vedkommende mister sit arbejde, yder fællesskabsretten med visse begrænsninger også en lønmæssig beskyttelse.

50 I så henseende har Domstolen udtalt, at kvinder, som har barselsorlov, befinder sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, som en mand, der arbejder normalt, befinder sig i (dommen i sagen Gillespie m.fl., præmis 17). I denne sag fastslog Domstolen herefter, at hverken EØF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF)) eller artikel 1 i direktiv 75/117 indebærer en forpligtelse til fortsat at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov, men at de udbetalte ydelser dog ikke må være så ubetydelige, at formålet med barselsorloven, som er at beskytte kvindelige arbejdstagere før og efter fødslen, bringes i fare (dommen i sagen Gillespie m.fl., præmis 20).

51 Hvad tillige angår barselsorloven bestemmes det i artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 92/85, som ikke fandt anvendelse ratione temporis på den tvist, der gav anledning til dommen i sagen Gillespie m.fl., at »[arbejdstagere skal sikres] bevarelse af lønnen og/eller oppebærelse af en passende ydelse [...]«. Artikel 11, nr. 3, bestemmer nærmere, at den »ydelse, der er omhandlet i nr. 2), litra b), anses for passende, når den sikrer en indtægt, der mindst svarer til den, som den pågældende arbejdstager ville få under sygeorlov«.

52 Ved en fortolkning, som Domstolen foretog i en afskedigelsessag, men som fandt tilsvarende anvendelse på udbetaling af løn til en kvindelig arbejdstager, har

Domstolen desuden udtalt, at sygdom, der skyldes graviditet eller fødsel, er omfattet af de almindelige bestemmelser om sygefravær, såfremt den indtræder efter barselsorlovens ophør. Domstolen tilføjede, at der blot må rejses det spørgsmål, om en kvindelig arbejdstagers fravær efter barselsorlovens ophør på grund af uarbejdsdygtighed som følge af den pågældende sygdom behandles på samme måde som en mandlig arbejdstagers fravær på grund af uarbejdsdygtighed af samme varighed, idet forskelsbehandling på grundlag af køn er udelukket, hvis dette er tilfældet (jf. Brown-dommen, præmis 26). Domstolen har således anerkendt, at sygdom, der skyldes graviditet eller fødsel, og som opstår efter barselsorloven, kan resultere i en lønnedgang på samme vilkår som andre sygdomme.

53 I en situation, hvor en arbejdstager var blevet ramt af graviditetsbetinget sygdom før barselsorlovens påbegyndelse, har Domstolen i dommen i sagen Høj Pedersen m.fl. (præmis 33) — idet den gentog sin formulering fra Brown-dommens præmis 22 — bemærket, at graviditetsbetingede sygdomme og komplikationer, som kan føre til uarbejdsdygtighed, hører til de særlige risici i forbindelse med en graviditet, og er følgelig en del af de særlige omstændigheder ved denne tilstand. Herefter bemærkede Domstolen, at i hovedsagen mistede en kvinde, inden barselsorlov påbegyndtes, retten til sin fulde løn, når hendes uarbejdsdygtighed skyldtes en graviditetsbetinget sygdom, selv om enhver arbejdstager i henhold til den nationale omhandlede lovgivning som udgangspunkt havde krav på fuld løn i tilfælde af uarbejdsdygtighed. Under disse omstændigheder fastslog Domstolen, at anvendelsen af lovbestemmelser som de i hovedsagen omhandlede indebar en forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere (dommen i sagen Høj Pedersen m.fl., præmis 34, 35 og 37).

54 Det følger af det ovenfor anførte, at en kvindelig arbejdstager på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin:

— hverken kan afskediges under sin barselsorlov på grund af sin tilstand eller afskediges før barselsorloven på grund af graviditetsbetinget sygdom, der er opstået før barselsorloven

— i givet fald kan afskediges på grund af sygdom, der skyldes graviditet eller fødsel, og som er opstået efter barselsorloven

— i givet fald kan sættes ned i løn enten under barselsorloven eller efter barselsorloven i tilfælde af sygdom, der skyldes graviditet eller fødsel, og som er opstået efter barselsorloven.

55 Det følger endvidere af det ovenfor anførte, at Domstolen foreløbig ikke har haft lejlighed til at tage stilling til, om en kvindelig arbejdstager altid har ret til fuld løn under graviditetsbetinget sygdom før barselsorloven, uanset om den anfægtede nationale regel bestemmer, at lønnedsættelsen skal være af samme omfang som for en arbejdstager med en anden sygdom.

56 Endelig følger det af det ovenfor anførte, at graviditet ikke kan sammenlignes med en patologisk tilstand, og at sygdomme og komplikationer, der indtræder under graviditeten, og som kan føre til uarbejdsdygtighed, hører til de særlige risici i forbindelse med graviditet og følgelig er en del af de særlige omstændigheder ved denne tilstand (jf. denne doms præmis 46 og 53).

Kvindelige arbejdstageres løn under graviditeten

57 Blot fordi der er særlige omstændigheder forbundet med graviditetsbetinget sygdom, kan det ikke nødvendigvis heraf udledes, at en kvindelig arbejdstager, som er fraværende på grund af graviditetsbetinget sygdom, har ret til fuld løn, mens en arbejdstager, som er fraværende på grund af anden sygdom, ikke har samme ret.

58 I denne forbindelse bemærkes for det første, at hvad angår afskedigelse kan man kun tage hensyn til de særlige omstændigheder ved graviditetsbetinget sygdom, såfremt man forbyder arbejdsgiverne at afskedige kvindelige arbejdstagere på dette grundlag. Hvad derimod angår det lønmæssige aspekt er fortsat udbetaling af fuld løn ikke den eneste måde, hvorpå man kan tage hensyn til de særlige omstændigheder ved graviditetsbetinget sygdom. Det er således ikke udelukket, at der kan tages hensyn til disse særlige omstændigheder selv under en ordning, hvor kvindelige arbejdstageres løn nedsættes under fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom.

59 Herefter bemærkes, at på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er der ingen bestemmelse eller generelt princip, som indebærer en forpligtelse til fortsat at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov, når blot den ydelse, der udbetales, ikke er så ubetydelig, at det formål, som forfølges med fællesskabsretten, navnlig at beskytte kvindelige arbejdstagere før fødslen, bringes i fare (jf. i denne retning dommen i sagen Gillespie m.fl., præmis 20).

60 Såfremt en regel, der med visse begrænsninger nedsætter den ydelse, som udbetales til kvindelige arbejdstagere på barselsorlov, ikke udgør forskelsbehandling på

grundlag af køn, kan en regel, der med de samme begrænsninger nedsætter den ydelse, som udbetales til kvindelige arbejdstagere, der er fraværende under graviditeten på grund af graviditetsbetinget sygdom, heller ikke anses for at udgøre en sådan forskelsbehandling.

61 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at fællesskabsretten på dens nuværende udviklingstrin ikke indebærer en forpligtelse til fortsat at udbetale fuld løn til kvindelige arbejdstagere, der er fraværende under graviditeten på grund af graviditetsbetinget sygdom.

62 Hvis en kvindelig arbejdstager er fraværende som følge af en sådan sygdom, kan hun derfor sættes ned i løn på betingelse af, dels at hun behandles på samme måde som en mandlig arbejdstager, der er fraværende på grund af sygdom, dels at den ydelse, der udbetales, ikke er så ubetydelig, at formålet om at beskytte gravide arbejdstagere bringes i fare.

Fratrækning af sygefravær i det samlede maksimale antal lønnede sygedage, en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode

63 Den i hovedsagen omhandlede ordning fastsætter, at sygefravær fratrækkes det samlede antal lønnede sygedage, en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode. Under denne ordning behandles alle sygdomme således ens, uanset om de er graviditetsbetingede eller ej.

64 En sådan ordning tager på ingen måde hensyn til de særlige omstændigheder ved graviditetsbetinget sygdom.

65 Disse særlige omstændigheder udelukker imidlertid ikke, at fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom inden for visse grænser kan fratrækkes det samlede antal lønnede sygedage.

66 At udelukke en sådan fratrækning i enhver henseende kan ikke forenes med den omstændighed, at det er muligt at nedsætte lønnen under graviditeten. I øvrigt kan det vanskeligt forenes med retspraksis i dommen i sagen Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund og i Brown-dommen, hvorefter en sygdom, der indtræder efter barselsorloven, men som er forårsaget af graviditet eller fødsel, er omfattet af de almindelige bestemmelser om sygefravær.

67 Den omstændighed, at fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom fratrækkes det samlede maksimale antal lønnede sygedage, som en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode, må ikke bevirke, at en kvindelig arbejdstager under fravær efter barselsorlovens udløb, som berøres af reglen om fratrækning, modtager en ydelse, der er lavere end det mindstebeløb, som hun havde ret til under den sygdom, som opstod under graviditeten (jf. denne doms præmis 62).

68 Der bør derfor vedtages særlige bestemmelser med henblik på at undgå dette.

69 Det andet, tredje og femte spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 141 EF og direktiv 75/117 skal fortolkes således:

— at en regel i en sygefraværsordning, som fastsætter, at lønnen nedsættes både for en kvindelig arbejdstager, der er fraværende før sin barselsorlov på grund af graviditetsbetinget sygdom, og for en mandlig arbejdstager, der er fraværende som følge af anden sygdom, når fraværet overstiger en vis periode, ikke udgør forskelsbehandling på grundlag af køn på betingelse af, dels at den kvindelige arbejdstager behandles på samme måde som en mandlig arbejdstager, der er fraværende på grund af sygdom, dels at den ydelse, der udbetales, ikke er så ubetydelig, at formålet om at beskytte gravide arbejdstagere bringes i fare

— at en regel i en sygefraværsordning, som fastsætter, at sygefravær skal fratrækkes det samlede maksimale antal lønnede sygedage, som en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode, uanset om sygdommen er graviditetsbetinget eller ej, ikke udgør forskelsbehandling på grundlag af køn på betingelse af, at den omstændighed, at fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom fratrækkes, ikke bevirker, at en kvindelig arbejdstager under fravær efter barselsorlovens udløb, som berøres af reglen om fratrækning, modtager en ydelse, der er lavere end det mindstebeløb, som hun havde ret til under den sygdom, som opstod under graviditeten.

Sagens omkostninger

70 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, der er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

1) **En sygefraværsordning, som behandler kvindelige arbejdstagere, der lider af en graviditetsbetinget sygdom, på samme måde som andre arbejdstagere, der er ramt af en sygdom, som ikke skyldes graviditet, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 141 EF og Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder.**

2) **Artikel 141 EF og direktiv 75/117 skal fortolkes således,**

— **at en regel i en sygefraværsordning, som fastsætter, at lønnen nedsættes både for en kvindelig arbejdstager, der er fraværende før sin barselsorlov på grund af graviditetsbetinget sygdom, og for en mandlig arbejdstager, der er fraværende som følge af anden sygdom, når fraværet overstiger en vis periode, ikke udgør forskelsbehandling på grundlag af køn på betingelse af, dels at den kvindelige arbejdstager behandles på samme måde som en mandlig arbejdstager, der er fraværende på grund af sygdom, dels at den ydelse, der udbetales, ikke er så ubetydelig, at formålet om at beskytte gravide arbejdstagere bringes i fare**

— **at en regel i en sygefraværsordning, som fastsætter, at sygefravær skal fratrækkes det samlede maksimale antal lønnede sygedage, som en arbejdstager har ret til inden for en bestemt periode, uanset om sygdommen er graviditetsbetinget eller ej, ikke udgør forskelsbehandling på grundlag af køn på betingelse af, at den omstændighed, at fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom fratrækkes, ikke bevirker, at en kvindelig arbejdstager under fravær efter barselsorlovens udløb, som berøres af reglen om fratrækning, modtager en ydelse, der er lavere end det mindstebeløb, som hun havde ret til under den sygdom, som opstod under graviditeten.**

Underskrifter