

- en foranstaltning, der er omfattet af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, da formålet er at beskytte kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Ud fra dette synspunkt kan en sådan orlov lovligt forbeholdes moderen med udelukkelse af enhver anden person, da alene moderen kan udsættes for det uheldige pres, der vil følge af, at hun for tidligt skulle genoptage arbejdet.
4. Direktiv 76/207 indrømmer medlemsstaterne et skøn, for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de inden for direktivets rammer træffer for at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab og for at udligne de faktiske eksisterende vanskeligheder, som kvinder, modsat mænd, har med at bevare beskæftigelsen. Sådanne foranstaltninger er snævert forbundet med den samlede socialsikringsordning i de forskellige medlemsstater. Medlemsstaterne har således en rimelig skønsmargen, for så vidt angår beskyttelsesforanstaltningernes art og de konkrete betingelser for deres gennemførelse.
5. Artiklerne 1 og 2 samt artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 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.

I sag 184/83

angående en anmodning, som Landessozialgericht Hamburg i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Dømstolen for i den for nævnte ret verserende sag

ULRICH HOFMANN, Hamburg,

mod

BARMER ERSATZKASSE, Wuppertal,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af 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 adgangen til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten Mackenzie Stuart, afdelingsformændene T. Koopmans, K. Bahlmann og Y. Galmot, dommerne P. Pescatore, A. O'Keeffe, G. Bosco, O. Due, U. Everling, C. Kakouris og R. Joliet,

generaladvokat: M. Darmon

justitssekretær: P. Heim

afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb samt de indlæg, der er indgivet i henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statuten for EØF-Domstolen, kan sammenfattes således:

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

§ 6, stk. 1, i den tyske lov af 18. april 1968 om beskyttelse af arbejdende mødre (BGBI. I, s. 315, herefter benævnt Mutterschutzgesetz) bestemmer, at mødre har ret til 8 ugers barselorlov (Schutzfrist) efter barnets fødsel. I denne periode er de fritaget for enhver arbejdsaktivitet og oppebærer fortsat deres nettoløn, som udbetales af sygekassen og/eller deres arbejdsgiver.

Ved lov af 25. juni 1979 (BGBI. I, s. 797) indførte den tyske lovgiver i Mutterschutzgesetz en ny §, nemlig § 8a, hvorefter moderen i tilslutning til barselorloven efter § 6, stk. 1, og indtil barnet fylder 6 måneder, har ret til en supplerende orlov, (Mutterschaftsurlaub). Under denne forlængede orlov er moderen fritaget for erhvervsarbejde og har ret til dagpenge, højst 25 DM pr. dag, som udbetales af staten gennem sygekassen. Ved udløbet af orlovsperioden har hun krav på, at arbejdsforholdet fortsætter på uændrede vilkår.

I henhold til § 8a slutter den forlængede orlov tre måneder efter barnets død, dog senest den dag barnet ville være fyldt 6 måneder. Den forlængede orlov ophører ligeledes, hvis barnet dør under barselorloven, og den finder ikke anvendelse, hvis døden indtræffer tidligere end tre uger inden barselorlovens udløb.

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 (EFT L 39, s. 40) bestemmer i artikel 1, at direktivet tilsigter 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. Ifølge artikel 2, stk. 1, indebærer princippet om ligebehandling, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn. Dette gælder ligeledes i henhold til artikel 5, stk. 1, for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår. Disse bestemmelser kan ifølge artikel 2, stk. 3, fraviges med henblik på beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

Sagsøgeren, Ulrich Hofmann, er fader til et den 21. maj 1979 uden for ægteskab født barn, som han anerkendte. I perioden efter udløbet af otte ugers barselorlov og indtil barnet fyldte 6 måneder fik han af sin arbejdsgiver bevilget ferie uden løn. I denne periode passende han barnet, mens moderen genoptog sin virksomhed som lærerinde.

Den 1. august 1979 ansøgte sagsøgeren den kompetente sygekasse, Barmer Ersatzkasse, om dagpenge for en periode svarende til den forlængede orlov, jfr. Mutterschutzgesetz' § 8a.

Allerede den 8. juli 1979 havde sagsøgeren anlagt sag ved Bundesverfassungs-

gericht med påstand om, at §§ 1, 2, 3, 6 og 7 i lov af 25. juni 1979 om forlænget orlov til beskyttelse af mødre var forfatningsstridige, da de var i strid med grundlovens artikel 3, stk. 2 og 3, for så vidt alene arbejdende mødre har ret til den forlængede orlov, Mutterschaftsurlaub. Forundersøgelsesudvalget ved Bundesverfassungsgericht bestemte, at sagen kunne admittes. Bundesverfassungsgericht besluttede, at sagen skulle udsættes på Domstolens besvarelse af to præjudicielle spørgsmål.

Sygekassen afslog ansøgningen om dagpenge. En administrativ klage over dette afslag blev afvist. Sagen kom for Sozialgericht Hamburg, der ved dom af 19. oktober 1982 frifandt sagsøgte med den begrundelse, at kun mødre efter ordlyden af § 8a har ret til den forlængede orlov. Det fremgik af lovgivningsprocedure, at lovgiveren bevidst har undladt at indføre en orlov, som en hvilken som helst af forældrene har ret til. De biologiske forskelle, som skyldes graviditeten og fødslen, og som også består efter otte ugers barselorlov, er ifølge Sozialgericht begrundelsen for, at der tages hensyn til moderskabets særlige forhold.

Sagsøgeren i hovedsagen appellerede denne dom, idet han blandt andet gjorde gældende, at den forlængede orlov ikke havde til formål at beskytte mødres helbred, men udelukkende at sikre, at barnet kunne passes af moderen. Under den mundtlige forhandling for Landessozialgericht Hamburg, første afdeling, besluttedes det at udsætte sagen på Domstolens besvarelse af to spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsdirektivet.

Landessozialgericht Hamburg, første afdeling, fandt, at retssagen rejste spørgsmålet, om de tyske regler var forenelige med fællesskabsdirektivet. Som følge af de forskellige opfattelser af anvendelsen af disse regler og især under henvisning til den traktatbrudssag, som Kommissionen havde indledt mod Forbundsrepublikken Tyskland på grund af ufuldstændig gennemførelse af direktivet, besluttede Landessozialgericht ved kendelse af 9. august 1983 at udsætte sagen i medfør af EØF-traktatens artikel 177 på Domstolens besvarelse af følgende to præjudicielle spørgsmål:

»1. Er det i strid med artiklerne 1, 2 og 5, stk. 1, i 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), at alene arbejdende mødre — men derimod ikke, efter aftale mellem forældrene, arbejdende fædre — efter udløbet af en otte ugers barselorlov direkte efter fødslen har ret til en forlænget orlov, til hvis gennemførelse staten yder et nettoløb på højst 25 DM pr. dag, og som varer, indtil barnet fylder 6 måneder?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, er artiklerne 1, 2 og 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF da direkte anvendelige i medlemsstaterne?»

Landessozialgericht's kendelse er registreret på Domstolens justitskontor den 29. august 1983.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statuten for EØF-Domstolen er der den 11. november 1983 indgivet skriftlige indlæg af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved M. Beschel, medlem af Kommissionens juridiske tjeneste, og den 1. december 1983 af sagsøgeren i hovedsagen Ulrich Hofmann ved advokat K. Bertelsmann, Hamburg, af Barmer Ersatzkasse og af Forbundsrepublikken Tysklands regering ved kontorchef M. Seidel og ekspeditionssekretær E. Roeder, økonomiministeriet.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Den har imidlertid anmodet parterne i hovedsagen, Kommissionen og den tyske regering om skriftligt at besvare en række spørgsmål; svarene er indgæet inden for den fastsatte frist.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

Sagsøgeren i hovedsagen, *U. Hofmann*, har først gjort rede for sagens faktiske omstændigheder og gennemgået de relevante tyske og fællesskabsretlige regler. Herefter har han anført, at formålet med de spørgsmål, som Landessozialgericht har forelagt Domstolen, i virkeligheden er at få afgjort, om det er i strid med

bestemmelserne i direktiv 76/207 at udelukke arbejdende fædre fra den efter tysk ret bestående mulighed for at få den forlængede orlov. For at tage stilling til dette spørgsmål er det afgørende at fastslå, om den forlængede orlov kan betragtes som »bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«, jfr. direktivets artikel 2, stk. 3. For at besvare dette spørgsmål er det nødvendigt at se på den retshistoriske udvikling af den forlængede orlov samt på reglernes ånd og formål, idet der skal tages hensyn til den gældende retstilstand, herunder ændringerne af denne orlov.

blot danne grundlag for, at den forlængede orlov begrænses til mødre. Man indførte en børnepasningsorlov, som var forbeholdt mødre, hvilket er i strid med udtalelser fra internationale komiteer (jfr. dokumentet »arbejdende kvinders rettigheder« fra Den internationale Sammenslutning af Frie Fagforeninger), fra tyske fagforeninger samt fra andre organisationer og partier, som alle stillede krav om, at der valgfrit kunne ydes moderen eller faderen orlov til pasning af barnet. Man har ligeledes i Forbundsrepublikken rejst spørgsmålet, om det er forfatningsstridigt, at en børnepasningsorlov forbeholdes mødre.

Den biologisk begrundede beskyttelse af mødre er til stadighed blevet udvidet, sidst i 1965, hvor barselorloven efter fødslen blev udvidet fra seks til otte uger. Fra forskellige sider såvel på det politiske som på det fagforeningsmæssige område blev der stillet krav om forældreorlov. I 1979 fremsatte forbundsregeringen et lovforslag om indførelse af en forlænget orlov, hvis hovedformål ifølge de forklarede bemærkninger (Bundesratsdrucksache 4/79) var at formindske den dobbeltbelastning, som erhverv og barn udgør for kvinden, at sikre pasningen af barnet i dets første leveperiode og at forlænge hvileperioden ud over den eksisterende barselorlovperiode.

Ud fra sådanne politiske og forfatningsretlige betragtninger har Bundesrat vedtaget et forslag om at lade fædre indgå i en orlovsordning benævnt »forældreorlov«. Forslaget støttes på den betragtning, at der ikke er nogen særlig kønsbestemt grund til at give moderen fortrinsret til at passe barnet, når blot der til stadighed er en for barnet vigtig person tilstede (Bezugsperson), og at man også undgår at udsætte moderen for en dobbeltbelastning, hvis faderen passer barnet.

Det fremgår ifølge sagsøgeren i hovedsagen ikke af regeringens første bemærkninger til loven, at det af helbredsgrunde var nødvendigt at forlænge den gældende barselorlov på otte uger. De argumenter vedrørende helbredet, som kun sjældent optræder i lovforslaget, skal

Det var ifølge sagsøgeren i hovedsagen først efter denne udtalelse fra Bundesrat, at regeringen ændrede sine argumenter, idet den nu lagde vægten på helbreds-hensyn. Det fremgår af lovens forarbejder, at det afgørende ikke var at udvide beskyttelsen af moderens helbred, men derimod at indføre en børnepasningsorlov. Lovforslaget, hvorefter også fædre havde ret til en sådan orlov, skulle forinden godkendes af Bundesrat, der imidlertid ønskede, at også forældre

uden erhvervsarbejde skulle have ret til forældreorlov, hvilket forbundsregeringen afviste af økonomiske årsager. Det var udelukkende for ikke at skulle indhente Bundesrats godkendelse, at fædre ikke blev omfattet af loven.

Det fremgår ligeledes af selve lovens ordlyd, at det egentlige formål med orloven ikke var at udvide den biologisk begrundede beskyttelse af moderen, men at reducere den betydelige belastning, der foreligger, når såvel arbejde som barn skal passes. Den omstændighed, at den forlængede orlov ikke ydes eller ophører i tilfælde af barnets død, viser klart, at orloven skal sikre, at barnet passes af moderen. Hvis de af forbundsregeringen anførte biologiske eller helbredsmæssige grunde var væsentlige, burde moderen have ret til orlov, selv om barnet dør.

De katastrofale følger, som de — urigtige — biologiske og helbredsmæssige argumenter kan medføre, fremgår klart af en sag, som er behandlet for nylig. Den sagsøgende fader havde ansøgt om den forlængede orlov som forældreorlov, da moderen var død kort efter barnets fødsel; han fik ikke medhold ved de sociale retter, som fastslog, at den forlængede orlov var indført af biologiske grunde og derfor kun kunne tilkomme mødre.

Ifølge sagsøgeren i hovedsagen taler orlovens fakultative karakter ligeledes imod forbundsregeringens argumenter. Hvis lovmotiverne virkelig kunne udlægges således, burde man have gjort forlængelsen af barselorloven obligatorisk.

Sagsøgeren har anført, at hans opfattelse ligeledes støttes af den seneste retsudvikling. I medfør af loven af 25. juni 1979 fik moderen ret til en forlænget orlov; dagpenge var dog forbeholdt den moder, som i en vis periode inden fødslen havde indgået en arbejdsaftale eller var omfattet af en social forsikring. I henhold til ændringen af Mutterschutzgesetz ved lov af 22. december 1981 (BGBl. I, s. 1523), mister de kvindelige arbejdstagere, som inden for det år, som går umiddelbart forud for barnets fødsel, har været beskæftiget i mindre end ni måneder, deres ret til den forlængede orlov. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen kan det imidlertid ikke hævdes, at de mødre, som kun har arbejdet kort tid inden fødslen, har mindre krav på beskyttelse end de mødre, som har arbejdet længere. Dette beviser under alle omstændigheder, at den forlængede orlov er en social ydelse fra staten, som har til formål at sikre barnets pasning, men som samtidig af omkostningshensyn er betinget af visse karensperioder. Hvis man går ud fra det biologiske synspunkt, kunne man for at undgå risikoen for misbrug, som blev anført under lovgivningsproceduren, undlade at udbetale dagpenge uden derfor at rokke ved samtlige mødres grundlæggende ret til orlov, uanset hvor længe de har været beskæftiget.

Herefter kan det fastslås, at lovgiverens hensigt — når henses til det lovforberedende arbejde, til lovens ånd og formål samt til ordningens senere udvikling — var at indføre en børnepasningsorlov og ikke, af biologiske og helbredsmæssige grunde, at forlænge den eksisterende barselorlov.

Ifølge sagsøgeren i hovedsagen indebærer den gældende ordning i dobbelt

forstand en forskelsbehandling. For det første diskrimineres arbejdende fædre på u tilladelig vis i forhold til arbejdende mødre. For det andet formindsker loven kvindernes muligheder på arbejdsmarkedet, idet det rent økonomisk bliver endnu mere ufordelagtigt at beskæftige dem. En forældreorlov, som kan ydes såvel faderen som moderen, kan råde bod på denne uheldige situation, idet arbejdsgiveren må forvente, at fædre ligeledes vil stille krav om forældreorlov.

den største belastning i forbindelse med graviditet, fødsel og børnepasning. Den forlængede orlov er derimod ikke en ny børnepasningsorlov.

Det væsentlige er at afgøre, om den forlængede orlov skal betragtes som omfattet af udtrykket »bestemmelser . . .« i direktivets artikel 2, stk. 3, eller om den er omfattet af forbudet mod forskelsbehandling i direktivets artikel 5, stk. 1.

Det er ligeledes påkrævet at undersøge de regler, som i forskellige lande gælder for forskellige former for barselorlov og børnepasningsorlov. Ud over den obligatoriske orlov på 6-8 uger før og efter fødslen, har Frankrig, Italien, Norge og Sverige indført en børnepasningsorlov, som efter aftale kan ydes moderen eller faderen. I Fællesskabets øvrige medlemslande eksisterer en sådan mulighed ikke. Kommissionen har indledt traktatbrudssag mod de stater, der, ligesom Forbundsrepublikken, af biologiske grunde har indført en forlængelse af den egentlige barselorlov. Det fremgår af en rapport fra Kommissionen, at de tyske regler indebærer en forskelsbehandling i den i direktivets artikel 5 anførte betydning.

Ifølge sagsøgeren i hovedsagen kan det herefter fastslås, at den forlængede orlov ikke har til formål at beskytte kvinden, men at der derimod er tale om en børnepasningsorlov som familiepolitisk foranstaltning. Artikel 2, stk. 3, finder anvendelse på områder, hvor det på grund af afgørende biologiske forskelle er umuligt at drage sammenligning mellem mænd og kvinder. Det er lovligt at sikre kvinden særlig beskyttelse under graviditeten og i en vis periode efter fødslen samt i den periode, hvor hun ammer. Men det kan ikke begrundes i biologiske eller helbredsmæssige hensyn, at alene moderen har ret til orlov i op til seks måneder efter fødselen. Kroppens funktioner normaliseres, og de indtrådte ændringer fortager sig i det væsentlige i løbet af 4-7 uger, hvorefter moderen normalt er fuldt arbejdsdygtig. Hvis dette ikke er tilfældet, fritages hun for at genoptage sit erhvervsarbejde på grundlag af en lægeattest, hvori det fastslås, at hun er uarbejdsdygtig. I henhold til Mutterschutzgesetz § 6, stk. 2, kan mødre, som ifølge lægeattest ikke er fuldt arbejdsdygtige, ikke pålægges arbejde, som overstiger deres arbejdskapacitet. Der gælder andre særlige regler for ammende mødre.

I en rapport om gennemførelsen af direktivet har Forbundsregeringen anført, at der ikke sker nogen forskelsbehandling af mænd, da formålet med bestemmelserne i Mutterschutzgesetz var at udvide beskyttelsen af moderen og give hende mulighed for at komme sig efter fødselen. Formålet med at begrænse orloven til de mødre, hvis barn lever, er at begrænse kredsen af dagpengeberettigede til de personer, som udsættes for

Den belastning, som moderen udsættes for, hvis hun samtidig skal klare eftervirkningen af fødselen, sit arbejde og pasningen af barnet, undgå, hvis faderen efter udløbet af barselorloven overtager opgaverne i hjemmet. Direktivet er næppe heller til hinder for, at barselorloven forlænges fra 8 til 12 uger. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen kan lovgiver derimod ikke under påberøbelse af at beskytte moderen behandle mænd og kvinder forskelligt i en periode på seks måneder. Lovgiver kan heller ikke ved en lovændring på det sociale og arbejdsretlige område behandle mænd og kvinder, som befinder sig i ensartede situationer, forskelligt. Forsøget på at skjule en uberettiget forskelsbehandling ville træde helt klart frem, hvis man for eksempel indførte en forlænget orlov af et eller flere års varighed.

Det er i dag klart, at man ikke kan knytte det biologiske moderskabsbegreb til det sociale moderskabsbegreb. Det er derfor ikke nødvendigt at gå ind på den ofte fremsatte teori om, at det normalt er kvinden, som passer de små børn, og at der på grund af moderinstinktet er tale om biologiske og psykologiske forskelle. Disse omstændigheder er snarere kulturelt, økonomisk og traditionelt betinget. En sådan opfattelse finder ifølge sagsøgeren i hovedsagen ikke støtte i direktivets artikel 2, stk. 3, eller artikel 5, stk. 1. Den opfattelse, at moderen rent funktionelt er mere kvalificeret end faderen til at give barnet den kærlighed og den omsorg, som det har behov for, er heller ikke foreneligt med direktivet.

Forbundsregeringen har påberåbt sig en sagkyndig betænkning, hvorefter den

forlængede orlov af biologiske og helbredsmæssige grunde bør forbeholdes mødre, idet den især har fremhævet, at 50 % af mødrene giver afkald på deres arbejde nogen tid efter fødselen. Den sagkyndige udtalelse stammer imidlertid fra 30. april 1979 og blev således udfærdiget efter fremlæggelsen af lovforslaget. Det argument, som støttes på opsigelse af arbejdsforholdet, er ikke relevant, for så vidt 51 % af de kvinder, som udnyttede den forlængede orlov, opgav deres erhvervsarbejde ved udløbet af orloven. Dette viser, at loven blot udsatte tidspunktet for opsigelsen af arbejdsaftalen med fire måneder uden at påvirke antallet af de kvinder, som opsagde deres arbejdsforhold.

Herefter kan det ifølge sagsøgerne i hovedsagen fastslås, at den forlængede orlov er i strid med direktiv 76/207. Tilsidesættelsen af direktivets artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, stk. 1 og artikel 2, stk. 1, fører udelukkende til at rejse spørgsmålet om ophævelse af den forskelsbehandling, fædre udsættes for. I henhold til artikel 1, stk. 1, forpligtes medlemsstaterne til at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til arbejdsvilkår. Ifølge artikel 3, stk. 2, skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger til at ophæve de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i strid med dette princip.

Mutterschutzgesetz må betragtes som en administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse, jfr. direktivets artikel 3, stk. 2, litra a). Ordningen, som har eksisteret siden 1979, har til stadighed indeholdt bestemmelser i strid med lighedsprincippet, som Forbundsrepublikken ikke har ophævet. Allerede under lovgivnings-

proceduren blev der rejst tvivl om, hvorvidt det var foreneligt med den tyske grundlov og fællesskabsretten at udelukke fædre fra den forlængede orlov. På grund af den retlige tvivl rejste Bundesrat krav om, at fædre blev omfattet af ordningen. Kommissionen understregede under traktatbrudssagen mod Forbundsrepublikken, at det var uforeneligt med fællesskabsdirektiverne at udelukke fædre. Ved lovændringen i 1981 foretog regeringen ikke de nødvendige ændringer. Det lovforslag, som blev vedtaget i november 1983, bestemmer ligeledes kun, at de økonomiske ydelser nedsættes, men giver ikke arbejdende fædre ret til orlov.

Dette uforsonlige standpunkt kan ifølge sagsøgeren i hovedsagen ikke støttes på økonomiske argumenter. Det ville kun få ubetydelige konsekvenser at indføre en forældreorlov omfattende fædre, da en sådan orlov kun tilkommer en af de arbejdende forældre. Om den ene eller den anden af forældrene har ret til forældreorlov, er uden økonomisk betydning. Såfremt faderen søger orlov, skønt moderen ikke har gjort det, vil der opstå en, om end ubetydelig, omkostningsstigning, da 95 % af de arbejdende mødre, som har fået børn, udnytter muligheden for forlænget orlov.

I betragtning af Forbundsrepublikkens vægning ved at ophæve de bestemmelser, som er uforenelige med ligebehandlingsprincippet, har de tyske domstole mulighed for at erklære de pågældende lovbestemmelser for uforenelige med direktivet og uanvendelige. Da det direktiv, der medfører, at de diskri-

minerende bestemmelser er uvirksomme, er utilstrækkeligt inkorporeret i national ret, er det ifølge sagsøgeren i hovedsagen umiddelbart anvendeligt. Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at et direktiv er umiddelbart anvendeligt, når de bestemmelser, hvorefter medlemsstaterne forpligtes til at iagttage en vis adfærd, ifølge deres karakter kan anvendes umiddelbart. Direktivet skal være tilstrækkelig præcist og ikke overlade den nationale lovgiver noget skøn med hensyn til inkorporeringen, hvorimod der fortsat tilkommer lovgiveren skønsmarginal, for så vidt angår den måde, hvorpå direktivet gennemføres, uden at direktivets umiddelbare anvendelighed påvirkes heraf. Direktivets artikel 5, stk. 2, bestemmer entydigt, at medlemsstaterne er forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at ophæve de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser i strid med ligebehandlingsprincippet. Bestemmelsen er klar, og de af medlemsstaternes borgere, som berøres heraf, kan påberåbe sig den for de nationale domstole. Sagsøgeren i hovedsagen har derfor foreslået, at de Domstolen forelagte spørgsmål besvares således:

Første spørgsmål

I henhold til artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 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 (76/207/EØF) skal mænd og kvinder sikres samme arbejdsvilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn. Det er i strid med direktivets artikel 5, stk. 1, såfremt alene arbejdende mødre — men

derimod ikke, efter aftale mellem forældrene, arbejdende fædre — efter udløbet af en otte ugers barselorlov direkte efter fødslen har ret til en forlænget orlov, til hvis gennemførelse staten yder et netto-beløb på højst 25 DM pr. dag, og som varer, indtil barnet fylder 6 måneder?

Direktivets artikel 2, stk. 3, hvorefter direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab, finder ikke anvendelse på en sådan orlov, når den overstiger 12 uger efter barnets fødsel.

Andet spørgsmål

Da bestemmelserne om den forlængede orlov i Forbundsrepublikken Tyskland er i strid med direktivets artikel 5, stk. 1, kan direktivet umiddelbart anvendes af de nationale domstole. Da direktivet er umiddelbart anvendeligt, kan den forlængede orlov efter indbyrdes aftale mellem forældrene søges enten af den arbejdende moder eller den arbejdende fader.

Barmer Ersatzkasse, sagsøgte i hovedsagen, har henvist til en dom af 19.

oktober 1983 afsagt af Bundessozialgericht i en lignende sag. Bundessozialgericht fandt, at det ikke er forfatningsstridigt, at moderskabsydelse forbeholdes moderen. For at skåne moderen ud over den lovbestemte barselorlov på otte uger efter fødslen på grund af de fysiske og psykiske ændringer, som er knyttet til graviditet og fødsel, giver Mutterschutzgesetz moderen mulighed for i kraft af den forlængede orlov at frigøre sig for den særlige belastning, som hendes erhvervsarbejde udgør i denne periode. Sozialgericht havde i første instans på grundlag af en overbevisende sagkyndig rapport fastslået, at de ændringer, som moderen undergår såvel fysisk som psykisk, ikke fortager sig allerede ved udløbet af den lovbestemte barselorlov på otte uger efter fødselen, men først nogle måneder senere. Retten fandt ikke, at det var fornødent at forelægge spørgsmålet for Bundesverfassungsgericht eller EF-Domstolen.

En indgående gennemgang af direktiv 76/207 viser ifølge sagsøgte i hovedsagen, at det ikke er i strid med artiklerne 1 og 2 samt artikel 5, stk. 1, at den omhandlede orlov udelukkende forbeholdes arbejdende mødre. Mutterschutzgesetz bestemmelser om den forlængede orlov vedrører ikke direkte arbejdsvilkårene, jfr. direktivets artikel 5, stk. 1. Den afgørende tanke bag disse bestemmelser er at udvide beskyttelsen af arbejdende mødre ud over den otte ugers orlov, som ydes efter fødselen. Bundessozialgericht udtalte med føje i afgørelsen af 19. oktober 1983, at formålet var at frigøre moderen for den særlige belastning, som hendes erhvervsarbejde udgør i den periode, hvor hun har behov for at blive skånet, da ændringerne af fysisk og psykisk art først fortager sig helt flere måneder efter fødselen.

Bundessozialgericht's betragtninger viser, at retten til orlov — modsat sagsøgerens opfattelse — er rent biologisk begrundet.

Dette kan ifølge sagsøgte i hovedsagen ligeledes udledes af en anden dom afsagt den 3. juni 1981 af Bundessozialgericht i en sag anlagt af en adoptivmoder. Ifølge den tyske domstol havde lovgiveren kun til hensigt at indføre ret til moderskabsydelse i form af dagpenge i tilfælde af modeskab i rent fysisk forstand. Adoptivmødre havde hverken krav på forlænget orlov eller de dertil knyttede ydelser, da de ikke er udsat for følgerne af graviditet og fødsel. Stillet over for denne udelukkelse af adoptivmødre, er det så meget mere klart, at der ikke er tale om forskelsbehandling af fædre på grundlag af køn, jfr. direktivets artikel 2. I artikel 2, stk. 3, bekræftes, at direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Det kan derfor tænkes, at bestemmelser som de i Mutterschutzgesetz indeholdte tilskyndede Rådet til at indføje denne bestemmelse, som begrænser rækkevidden af stk. 1. Bestemmelsen kan ikke opfattes som en tilsidesættelse af det i direktivets artikel 1, stk. 1, anførte formål.

Det forhold, at moderskabsydelse forbeholdes arbejdende mødre, er ikke til hinder for gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, erhvervsuddannelse, arbejdsvilkår og social sikring.

Forbundsrepublikken Tysklands regering har anført, at det første spørgsmål går

på, om det er foreneligt med artiklerne 1 og 2 samt artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 at udelukke faderen fra retten til den forlængede orlov. Artikel 1 bestemmer, at direktivet tilsigter gennemførelse af princippet om ligebehandling. Ifølge artikel 2, stk. 1, indebærer princippet et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Artikel 5, stk. 1, gentager dette forbud, for så vidt angår arbejdsvilkår.

Spørgsmålet, om det forhold, at mænd ikke har ret til den forlængede orlov, er i strid med det i direktiv 76/207 indeholdte forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn, bør besvares benægtende. Det er i overensstemmelse med direktivets artikel 2, stk. 3, at den forlængede orlov er forbeholdt kvinder, da orloven udelukkende har til formål at sikre moderen en rent fysisk beskyttelse. Ifølge Bundesverfassungsgericht har denne lovbestemte beskyttelse til formål at udligne modsætningsforholdet mellem kvindens opgaver som moder og hendes stilling i erhvervslivet som arbejdstager for således at beskytte både moderens og barnets helbred.

Ifølge forbundsregeringen har lovgiveren affattet Mutterschutzgesetz og indført den forlængede orlov med det hovedformål at beskytte moderens helbred. Umiddelbart efter fødselen bør kvinden fritages for sit erhvervsarbejde på grund af de fysiske og psykiske ændringer, som indtræder ved graviditet og fødsel. Det drejer sig her om en ubestridt særegenhed, som skyldes kvindens natur. Der har været forskellige opfattelser om orlovens varighed, idet den er blevet forlænget fra de oprindelige tre uger til otte uger i 1965, hvorved den har fulgt udviklingen af lægevidenskaben, lovgiverens opfattelse af beskyttelsens form og varighed og endelig omfanget af økono-

miske muligheder. Ved den sidste forlængelse af orloven i 1965 støttede de lægevidenskabelige sagkyndige sig på det forhold, at det tager ca. otte uger inden de voldsomste organiske ændringer i forbindelse med graviditet og fødsel fortager sig, og at det er absolut nødvendigt at indføre et totalt arbejdsforbud i denne periode. Siden udstedelsen af Mutterschutzgesetz i 1952 har man imidlertid været klar over, at kvinden endnu ikke ved udløbet af denne barselorlov havde genvundet sin fulde arbejdskapacitet fra før graviditeten. Ifølge en sagkyndig rapport har kun de voldsomste organiske ændringer fortaget sig, men derimod ikke ændringerne på det hormonale og endokrine område, eller ændringerne af det autonome nervesystem og psyken. Da kvindens erhvervs-mæssige arbejdsevne også er begrænset langt ud over barselorlovsperioden, blev det af helbredshensyn foreslået yderligere at fritage moderen for arbejde i et antal måneder efter denne periodes udløb. Den sagkyndige udtalelse bekræftede den opfattelse, som forbundsministeriet for arbejde og socialvæsen havde givet udtryk for, hvorefter Mutterschutzgesetz ikke gav den kvinde, der arbejdede som lønmodtager, tilstrækkelig beskyttelse. Hvert år opvandede ca. 50 % af de kvinder, som havde fået et barn, deres stilling nogen tid efter fødselen. 20 % af de mødre, som ved udløbet af barselorloven genoptager deres erhvervsarbejde, rammes af uarbejdsdygtighed af forskellig varighed. Moderens fritagelse for erhvervsarbejde er begrundet i kvindens biologiske egenart. Dette formål ligger også rent faktisk til grund for loven om indførelse af en forlænget orlov, og finder tilstrækkelig klart udtryk i loven samt i lovmotiverne.

orloven betragtes som en forlængelse af barselorloven, som skal sikre, at moderen kommer sig efter fødselen, og ikke som en orlov for husmødre (Mutterurlaub). Principielt ydes orloven kun umiddelbart efter barselorloven med det formål at sikre moderen de muligheder for at komme sig, som indledtes ved barselorloven.

Den forlængede orlov, jfr. Mutterschutzgesetz § 8a, stk. 1, tilkommer alene mødre, som netop har født, men derimod ikke adoptiv- eller plejemødre. Det er således ikke blot kønnet og børnepasningen, som er de afgørende kriterier for denne ret, men ligeledes graviditeten og fødselen med de for kvindens helbred heraf følgende virkninger.

De lovbestemmelser, hvorefter retten til barselorlov bortfalder i tilfælde af barnets død, er ifølge forbundsregeringen heller ikke i strid med denne opfattelse, og kan ikke anføres til støtte for, at barselorloven hovedsagelig er indført for at sikre pasningen og opdragelsen af barnet. Det var lovgivers hensigt, at kun de mødre, hvis barn lever, skal have ret til barselorlov. En sådan sondring til fordel for de mødre, som er hårdest belastet af graviditet, fødsel og børnepasning, er ikke i strid med lighedsprincippet.

Den kvindelige lønmodtagers fritagelse for erhvervsarbejde ved udløbet af barsel-

Da formålet med loven er at forbedre beskyttelsen af moderens helbredstilstand, er det let forståeligt, at beskyt-

telsen umiddelbart og udelukkende sikres ved, at moderen fritages for arbejde. Da kravet efter grundloven om at yde beskyttelse og hjælp er opfyldt, har lovgiver ikke overskredet sin lovgivningskompetence ved at begrænse kredsen af de personer, der har ret til orlov.

Heroverfor kan heller ikke anføres, at moderens fritagelse for arbejde under den forlængede orlov ikke som under barselorloven betragtes som et forbud mod at arbejde, men derimod som en ret til orlov. Virkningerne af graviditet og fødsel falder forskelligt ud, efterhånden som tiden går. Yderligere er det også meget forskelligt, i hvor høj grad børnepasningen belaster moderen. Det er fuldt bevidst, at lovgiver har ladet moderen selv tage ansvaret for afgørelsen. Denne beslutningsfrihed må man overlade moderen, da hun ikke under den forlængede orlov som under barselorlov får fuld lønkomensation.

Det fremgår ligeledes af de forklarende bemærkninger til loven, at den forlængede orlov indførtes for at sikre mødre en bedre beskyttelse. Ifølge Bundestagsdrucksache 8/2613 skal loven fritage moderen for erhvervsarbejde, således at hun efter den hidtidige otte ugers barselorlov yderligere kan komme til kræfter, og samtidig fritage hende for det dobbelte hverv som lønmodtager og moder, der kan være særlig belastende i de første måneder efter fødselen. På grund af de ændringer, der skyldes graviditet og fødsel, har moderen også behov for at blive skånet efter barselor-

loven. Hvis den moder, som er bundet af en arbejdsaftale, fritages for arbejde i yderligere fire måneder, får hun mulighed for at hellige sig barnet de første måneder efter fødselen.

At formålet med loven var at sikre mødre en bedre beskyttelse, fremgår ligeledes af en betænkning fra det af Bundestag nedsatte udvalg, ligesom det blev understreget under lovens behandling i Bundestag. At børnepasningen i visse indlæg blev fremhævet, eller at afvisningen af fædres ret til den forlængede orlov blev sat i forbindelse med ønsket om ikke at skulle forelægge loven for Bundesrat, skyldes hovedsagelig de politiske drøftelser, som fandt sted i forbindelse med et lovforslag om familiedydelser fremsat af oppositionen. Ved afstemningen sondrede flertallet i Bundestag skarpt mellem formålet med familiepolitiske hensyn og hensynet til at beskytte moderen retligt. Ifølge en beslutning af 10. maj 1979 fra Bundestag må den forlængede orlov i de kvindelige arbejdstagers og deres børns interesse anses for et betydeligt fremskridt, idet den fremmer beskyttelsen af den kvindelige arbejdstagers helbred og samtidig bidrager til at lette den dobbeltbelastning, som moderen udsættes for ved på én gang at skulle passe arbejde og barn. Bundestag bekræftede ifølge forbundsregeringen, at barnets pasning og opdragelse er af allerstørste betydning; på dette område må der imidlertid gøres en ny politisk indsats, som går ud over den gældende opfattelse af moderbeskyttelse. Forældre bør have mulighed for at opdrage deres børn uden at være nødt til, af økonomiske grunde, at have erhvervsarbejde. De bør frit kunne bestemme, om faderen eller moderen skal fritages for arbejde, ligesom også adoptivforældre bør omfattes af en sådan

ordning. Det fremgår heraf klart, at lovgiver først senere har til hensigt at indføre en forældre-/børnepasningsorlov.

anvendelige i medlemsstaterne. Da Forbundsrepublikken har foreslået, at det første spørgsmål besvares benægtende, er det uforment at besvare det andet spørgsmål.

Forbundsregeringen vil ikke benægte, at loven om den forlængede orlov også har familiepolitiske følger. Ved at blive fritaget for erhvervsarbejde får moderen mulighed for at hellige sig sit barn, uden at hendes pligter som arbejdstager hindrer hende heri. Disse følger er imidlertid ikke særegne for den forlængede orlov. I det væsentlige gjorde de sig allerede gældende under barselorloven.

Loven om indførelse af den forlængede orlov bidrager yderligere til at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i erhvervslivet, idet den giver kvinden mulighed for at opretholde arbejdsforholdet efter fødselen; 50 % af mødrene opgav nemlig deres arbejde efter barnets fødsel. Der er nu rådet bod på de ulemper, som fødselen indebar for kvinden, for så vidt angår dels arbejdsforholdet dels den tidligere gældende socialsikringsordning. Arbejdsforholdet opretholdes, og moderen modtager gratis bistand fra socialsikringsordningen. For første gang tages en børnepasningsperiode i betragtning ved beregningen af alderspension.

I en kendelse af 2. februar 1982 bekræftede Bundesverfassungsgericht for nylig den opfattelse, at den forlængede orlov har til formål at sikre moderens helbred rent fysisk, hvorimod den ikke kan anses for en børnepasningsorlov.

Ifølge det andet spørgsmål ønskes det afgjort, om direktivets artikler 1 og 2 samt artikel 5, stk. 1, er umiddelbart

Kommissionen har først gennemgået sagens faktiske omstændigheder og redegjort for de relevante nationale og fællesskabsretlige bestemmelser. Herefter har den anført, at de retlige drøftelser bør koncentrere sig om spørgsmålet, om de tyske retsregler, som udtrykkelig støttes på kønskriterier, er omfattet af direktivets artikel 2, stk. 3, hvorefter bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet udtrykkelig fritages for kravet om ligebehandling.

En gennemgang af direktivets indhold og formål viser, at det tilsigter en gennemførelse af princippet om ligebehandling, for så vidt angår adgang til og udøvelse af en beskæftigelse, herunder ligebehandling med hensyn til social sikring. Som særligt udtryk for det almindelige ligereetsprincip er ligebehandlingsprincippet af samme grundretskarakter og indtager derfor i fællesskabsretten en særlig stilling og betydning. Direktivets artikel 2, stk. 1, fremhæver princippet generelle betydning, idet der heri nedlægges forbud mod såvel direkte som indirekte forskelsbehandling. Artiklerne 3-5 udvider anvendelsesområdet til adgang til beskæftigelse, uddannelse, arbejdsvilkår og eventuel afskedigelse.

I erkendelse af, at lovbestemmelser, som udtrykkeligt hviler på en persons køn, kan være begrundet i en objektiv forskel på grundlag af køn, hjemler direktivet i artikel 2, stk. 2-4, visse undtagelser fra ligebehandlingsprincippet, som retligt

også skal betragtes således og derfor fortolkes restriktivt.

Artikel 2, stk. 3, vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab, kan kun tage sigte på de bestemmelser på grundlag af køn, som er nødvendige for at gennemføre denne beskyttelse. Det forhold, at der i alle medlemsstaterne findes bestemmelser om graviditets- og barselorlov viser, at princippet er almindelig anerkendt, selv om orlovsperioden ikke er af samme varighed.

Modsætningsvis omfattes en national ordning, som ifølge sit formål skal beskytte moderen, ikke umiddelbart af denne undtagelsesbestemmelse, som udelukkende gælder bestemmelser, som objektivt skal beskytte moderen, og som for at sikre den ønskede beskyttelse nødvendigvis må hvile på kønskriteriet.

Derimod er det ifølge Kommissionen retsstridigt inden for rammerne af en ordning, som i det mindste også har til formål at fritage moderen for erhvervsarbejde for at give hende mulighed for at passe sit barn, at indføre en sontring på grundlag af køn. Denne aflastning kan nemlig ligeledes sikres ved en ikke-diskriminerende foranstaltning, som ligeledes gør det muligt for faderen at passe barnet og således aflaste moderen i det huslige arbejde.

Det fremgår af disse betragtning, at nationale bestemmelser af den her omhandlede art vedrørende beskyttelse af mødre ikke kan anses for begrundede. Det forhold, at orloven ophører ved barnets død, viser, at pasningen af barnet

er en af de væsentlige grunde for de tyske regler. Det fremgår i øvrigt ligeledes af lovmotiverne. Aflastningen af moderen ud over barselorlovsperioden kan ifølge Kommissionen ligeledes sikres ved at fritage hende for de huslige pligter, som varetages af faderen. Da det også er muligt at nå det tilsigtede mål gennem ikke-diskriminerende lovbestemmelser, kan lovgiver ikke indføre en forskelsbehandling på grundlag af køn.

Kommissionen har anført, at dens opfattelse støttes af forholdene i andre medlemsstater, hvor der sondres skarpt mellem de egentlige, obligatoriske barselorlov og andre familiepolitiske foranstaltninger. Særlige fordele, som på grund af den nye familiesituation indføres fra udløbet af den obligatoriske barselorlov, som udelukkende forbeholdes moderen, bør valgfrit kunne ydes barnets fader eller moder. Domstolen har selv sondret klart mellem på den ene side den »meget vigtige periode« umiddelbart efter barnets fødsel og på den anden side den herefter følgende periode.

Kommissionen har henvist til, at det er på grundlag af disse betragtninger, at den har indledt en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland. Det er imidlertid ikke muligt inden for rammerne af en præjudiciel sag at afsige en direkte og konkret dom om nationale bestemmelser uforenelighed med fællesskabsretten. Med dette forbehold har Kommissionen foreslået, at det første spørgsmål besvares således:

En national ordning, hvorefter alene moderen ved udløbet af en obligatorisk otte ugers barselorlov umiddelbart efter barnets fødsel har ret til en særlig betalt orlov på fire måneder med det formål i

det mindste også at give hende mulighed for at passe barnet, er i strid med ligebehandlingsprincippet, jfr. direktiv 76/207/EØF, og omfattes ikke af undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 2, stk. 3.

Det andet spørgsmål vedrørende direktivets direkte virkning går på fortolkningen af artikel 5 stk. 1, hvorefter ligebehandlingsprincippet skal anvendes på arbejdsvilkårene. Den omhandlede ordning indebærer en forskelsbehandling, da alene moderen har ret til betalt orlov.

Principielt pålægger direktivet blot medlemsstaterne at inkorporere de deri nævnte mål i national ret. Domstolen har imidlertid anerkendt, at de retsundergivne under visse omstændigheder ad rettens vej kan gøre et direktiv, som er ubetinget og tilstrækkelig klart, gældende mod en medlemsstat, som har undladt inden for den fastsatte frist at træffe de nødvendige gennemførelsesforanstaltninger eller har truffet foranstaltninger, som ikke er i overensstemmelse med direktivet. Domstolen ønsker herved at hindre medlemsstaterne i ved deres passivitet at berøve et direktiv dets praktiske virkning, som er fastlagt med bindende virkning. Hidtil er Domstolen ikke blevet anmodet om at tage stilling til virkningen af direktiver til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet, da det for de hidtil for Domstolen indbragte sager har vist sig, at de enten kunne afgøres umiddelbart på grundlag af EØF-traktatens artikel 119, eller at der ikke kunne konstateres nogen forskelsbehandling.

Den umiddelbare anvendelighed af et direktiv af denne art rejser særlige problemer. Et sådant direktiv forpligter ganske vist den nationale lovgiver til at

undlade enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, men forpligter ikke af den grund lovgiver til at fastsætte bestemte regler eller til at præstere bestemte ydelser. Såfremt der findes bestemmelser, som tilsidesætter forbudet mod forskelsbehandling, har lovgiver normalt flere muligheder for at sikre ligebehandling. Der kan i al fald kun være tale om umiddelbar anvendelighed af princippet, såfremt lovgiver ikke råder over en sådan skønsmæssig frihed, og der kun ved at udvide bestemmelserne til at omfatte personer af det andet køn kan skabes en situation, som er i overensstemmelse med direktivet.

Yderligere må det ifølge Kommissionen ikke glemmes, at de omtvistede retsspørgsmål er genstand for en for Domstolen verserende sag anlagt i medfør af traktatens artikel 169. I denne sag anfægtes de tyske bestemmelser konkret og ikke abstrakt som i den foreliggende sag. Det er nødvendigt at afvente Domstolens dom for at få afklaret, om og i hvilket omfang den nationale lovgiver har tilsidesat fællesskabsretten. I tilfælde af domfældelse skal Forbundsrepublikken fuldt ud rette sig efter dommen og bestræbe sig på at finde en passende løsning for de personer, hvis rettigheder måtte være krænket. Kommissionen har anført, at det ikke for nærværende er fornødent at behandle dette spørgsmål, og foreslået, at Domstolen undlader at besvare det.

III — Besvarelse af Domstolens spørgsmål

Kommissionen, som af Domstolen var anmodet om at give en mere detaljeret

fremstilling af de i de andre medlemsstater gældende lovbestemmelser om barselorlov end dem, der fremgår af 12. udgave af »Sammenlignende tabeller over de sociale sikringsordninger«, samt anføre, om der er konstateret tilsvarende problemer i andre medlemsstater, har forelagt Domstolen en sammenfattende oversigt over de forskellige former for barselorlov (obligatorisk og efter ansøgning) og forældreorlov i de forskellige medlemsstater. Det fremgår af oversigten, at den samlede varighed af den obligatoriske barselorlov svinger fra 12 uger (Grækenland) til 20 uger (Italien), mens varigheden af den egentlige barselorlov direkte efter fødselen svinger fra 6 uger (Grækenland) til 14. uger (Danmark). Foruden i Forbundsrepublikken findes der en frivillig, forlænget barselorlov i Luxembourg, Irland og Det forenede Kongerige. Ordningerne i disse lande kan, for så vidt angår deres opbygning, sammenlignes med den tyske ordning. Følgelig har Kommissionen undersøgt, om der bør indledes en traktatbrudsprocedure mod de pågældende medlemslande. Den er ikke helt klar over, hvorvidt og i hvilket omfang disse nationale ordninger har givet anledning til sager af samme art som de foreliggende hovedsag.

Parterne i hovedsagen og Forbundsrepublikken Tysklands regering er blevet anmodet om at redegøre for bevillingen af den forlængede orlov og betalingen af de i loven hertil knyttede dagpenge. Hvilket arbejdsforhold danner grundlag for orloven og moderskabsydelsen? Er det med rette, at Domstolen antager, at orlov og dagpenge ifølge gældende lov er betinget af moderens arbejdsforhold? I bekræftende fald, hvorledes ville situationen da se ud, hvis der blev givet faderen orlov og dagpenge? Ville disse

fordele i så fald blive ydet på grundlag af faderens arbejdsforhold? Hvis dette er tilfældet, hvilke følger ville det da få, hvis moderen ikke var beskæftiget som arbejdstager?

a) *Sagsøgeren i hovedsagen* har anført, at den forlængede orlov og de dertil knyttede dagpenge er betinget af den persons arbejdsforhold, som i henhold til gældende ret har krav på orloven, nemlig moderen. Det er en forudsætning, at hun kan dokumentere, at hun inden for det sidste år inden fødselen har været beskæftiget i en periode af mindst ni måneder, eller at hun har ret til ydelser efter Arbeitsförderungsgesetz.

Ifølge gældende retstilstand har moderen ligeledes ret til orlov, hvis hun er arbejdsløs. Denne ret består, uden at hun skal føre bevis for, at hun selv passer barnet. Retten til orlov er ligeledes uafhængig af de for ægtefællen, barnets fader, gældende erhvervmæssige og sociale forhold.

En børnepasningsorlov, som valgfrit tilkommer moderen eller faderen, burde også kun ydes, hvis ansøgeren opfylder der herfor fastsatte betingelser. Ligesom i den gældende ordning bør retten til børnepasningsorlov være uafhængig af den anden forældreparts sociale og erhvervmæssige forhold. Selv om moderen ikke er beskæftiget som lønmodtager, bør faderen have ret til forældreorlov. Hvis blot en af forældrene er beskæftiget

som lønmodtager, består der næppe mulighed for børnepasningsorlov, da familiens eneste indtægt ville falde bort, og de gældende dagpenge ville være utilstrækkelige. Selv under den gældende ordning ansøger enlige mødre eller mødre, som er alene om at passe deres barn, sjældnere om forlænget orlov end gifte kvinder, hvis ægtefælle arbejder som lønmodtager.

b) Ifølge *Barmer Ersatzkasse*, sagsøgte i hovedsagen, kan ordlyden af Mutterschutzgesetz sammenholdt med Reichsversicherungsordnung give det indtryk, at den forlængede orlov og de dertil knyttede dagpenge ydes på grundlag af moderens arbejdsforhold. Denne formodning gælder kun rent umiddelbart, og det kan ikke heraf udledes, at der bør indføres en tilsvarende ordning for faderen. Når henses til lovens ånd og hensigt samt lovgivers historiske vilje, fremgår det, at moderens arbejdsforhold ikke er det udslagsgivende motiv til orloven og den dertil knyttede ydelse. Ifølge Reichsversicherungsordnung er udbetaling af moderskabsydelsen betinget dels af et bestående arbejdsforhold dels af graviditet. Ifølge regeringens forklarende bemærkninger bør moderen, som er bundet af et arbejdsforhold, i den periode, hvor hun bør skånes, fritages for den dobbelte belastning som moder og lønmodtager. Faderen er ganske vist ligeledes udsat for en dobbeltbelastning, men moderen befinder sig i en anden situation, idet hun stillet over for denne dobbeltbelastning i en svækket fysisk og psykisk tilstand. Ifølge *Barmer Ersatzkasse* er det med rette, at Bundessozialgericht i dom af 19. oktober 1983 fastslog, at loven om indførelse af den forlængede orlov klart havde til formål at forbedre den kvindelige lønmodtagers helbredstilstand og ikke at sikre barnets pleje og opdragelse. Dette mål er aller-

højest en indirekte tilsigtet bivirkning af loven.

Spørgsmålet, om en orlov og den dertil knyttede ydelse, som indføres til fordel for faderen, skal være betinget af dennes arbejdsforhold retter sig først og fremmest til lovgiver og er i medfør af det almindelige ligeretsprincip omfattet af dennes kompetence. Ud fra et socialpolitisk synspunkt bør der ved lov indføres en ordning, hvorefter enten faderen eller moderen har ret til orlov og de dertil knyttede ydelser, men det er ikke tvungende nødvendigt i retlig henseende. Den gældende ordning indebærer ifølge *Barmer Ersatzkasse* ikke nogen direkte eller indirekte forskelsbehandling i den i direktiv 76/207 anførte betydning.

Da det foregående spørgsmål er besvaret benægtende har *Barmer Ersatzkasse* fundet det ufornuddent at besvare spørgsmålet om følgerne af den af Domstolen opstillede hypotetiske ordning i tilfælde af, at moderen ikke er beskæftiget som lønmodtager.

c) *Forbundsrepublikken Tysklands regering* har anført, at det for at kunne udbetale kontantydelse under graviditetsorloven og selve barselorloven såvel som under den forlængede orlov er en forudsætning, at moderen er part i et arbejdsforhold. Består der ikke et sådant arbejdsforhold, kan moderen logisk ikke fritages for erhvervsmæssig beskæftigelse. Ifølge regeringen er det ikke i strid med dette grundlæggende princip, at de pågældende kontantydelse ligeledes

udbetales til mødre, hvis arbejdsforhold lovligt er opsagt af arbejdsgiveren under graviditetsperioden eller ophører ved udløbet af barselorloven, da disse mødre bør fritages for pligten til igen at stille sig til rådighed for arbejdsmarkedet inden udløbet af en periode på seks måneder efter fødselen. Hvis den som lønmodtager beskæftigede fader havde ret til orlov og kontantydelse, ville det ikke sikre moderen den beskyttelse, som tilstræbes i tysk ret, når moderen ikke selv er part i et arbejdsforhold. Som husmoder kan hun ikke samtidig være erhvervsmæssigt beskæftiget. Såfremt begge forældre er parter i et arbejdsforhold, fritages moderen ved at tage orlov fra de pligter, som påhviler hende ifølge arbejdsforholdet, hvorved hun får mulighed for at komme sig efter graviditeten og fødselen. Formålet med den forlængede orlov er således opfyldt. Såfremt faderen tager orlov, forpligtes moderen til at genoptage sit erhvervsarbejde otte uger efter fødselen. Moderen skånes kun i det omfang, faderen, som er fritaget for erhvervsarbejde, aflaster hende i pasningen og opdragelsen af barnet. Under alle omstændigheder udsættes moderen for den ekstra belastning, som arbejdsforholdet udgør. Den forbedrede beskyttelse af moderen, som tilsigtes ved loven, kan kun opnås, hvis hun de første seks måneder efter fødselen under begrænsning sikres fritagelse for erhvervsarbejde.

Der er givet følgende svar på spørgsmålet, om og hvorfor en forlænget orlov som den her omhandlede, såfremt formålet er at beskytte både moderen og barnet, uden at disse to aspekter kan

adskilles, omfattes af undtagelsesbestemelsen i direktivets artikel 2, stk. 3, når også barnet drager fordel af orloven.

a) *Sagsøgeren i hovedsagen* deler Kommissionens opfattelse, hvorefter man uden forskelsbehandling kan sikre moderen beskyttelse over for en række belastninger, såfremt faderen tager sig af husholdningen og børnepasningen. Den omstændighed, at den forlængede orlov i tilfælde af barnets død enten slet ikke ydes eller falder bort, viser klart, at der er tale om at fritage moderen for en række pligter. Netop denne situation giver lovgiver anledning til at lade retten til orloven bortfalde, hvoraf det kan udledes, at det var lovgivers hensigt at yde orloven med det ene formål, at barnet skal passes.

b) *Kommissionen* har anført, at selv om det antages, at den tyske ordning har det ene udelelige formål at beskytte moderen og sikre barnets pasning, kan ordningen, som begunstiger alene moderen i forbindelse med arbejdsforholdet, kun begrundes, jfr. direktivets artikel 2, stk. 3, hvis det, for at nå det tilsigtede mål, er nødvendigt at udelukke faderen. Hvis lovens eneste formål kunne gennemføres

uden forskelsbehandling på grundlag af køn, bør der lovgives i overensstemmelse hermed. Det er muligt at sikre moderens beskyttelse og barnets pasning, såfremt moderen fritages fra sit erhvervsarbejde og passer barnet. I en situation som den foreliggende er det utilladeligt, at orloven forbeholdes alene moderen, da faderen herved udsættes for forskelsbehandling.

c) *Forbundsregeringen* har gjort gældende, at moderens fritagelse for erhvervsarbejde såvel under barselorloven som under den forlængede orlov ikke blot gavner moderen, men ligeledes barnet. Det forhold, at beskyttelsen af moderen og barnet hænger uløseligt sammen, fremgår klart, hvis man stiller det spørgsmål, om det ville være gavnligt for den nyfødte, hvis moderen var forpligtet til at arbejde de første måneder efter fødselen. Det er således urigtigt at hævde, at den forlængede orlov, fordi den ligeledes gavner barnet, ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen efter direktivets artikel 2, stk. 3.

Da Forbundsrepublikken Tysklands regering havde anført, at lovbestemmelserne om den forlængede orlov blandt andet var begrundet i ønsket om at bevare moderens beskæftigelse, blev den af Domstolen anmodet om at fremlægge statistiske oplysninger om det antal kvinder, som siden udstedelsen af den nye lov har udnyttet retten til den forlængede orlov, og om den betydning, som denne foranstaltning eventuelt har

haft for bevarelsen af kvindernes beskæftigelse.

a) Ifølge *forbundsregeringen* har reglerne om den forlængede orlov ikke umiddelbart til formål at sikre moderens beskæftigelse. Bevarelsen af beskæftigelsen er snarere en logisk følge af orlovsordningen. Meddelelse af orlov forudsætter, at stillingen står til rådighed, når arbejdet genoptages. Garantien for arbejdspladsen har også det formål, at moderen kan udnytte retten til orlov. Hvis hun risikerede at miste sit arbejde, ville hun næppe anvende muligheden for at få forlænget orlov. Derfor er beskyttelsen mod afskedigelse udvidet til to måneder efter orlovens udløb. Forbundsregeringen har fremlagt en opstilling over det antal kvinder som i perioden 1980-1983 udnyttede retten til forlænget orlov. Det fremgår heraf, at den del af kvinderne, som i disse fire år udnyttede muligheden for orlov, steg fra 88 % til 96 %.

b) *Sagsøgeren i hovedsagen* har anført, at den forlængede orlov ifølge forbundsregeringen også skulle gøre det lettere for kvinder at bevare deres arbejdsplads. Siden denne orlov blev indført, er der imidlertid sket en stigning af det antal kvinder, som har opgivet deres arbejde efter udløbet af de første seks måneder efter fødselen. Der kan ligeledes rejses tvivl om regeringens argument om, at loven skal sikre kvinder ligestilling på arbejdsmarkedet. Loven tilskynder arbejdsgiverne til at ansætte endnu færre kvinder, da kun kvindelige lønmodtagere har ret til den forlængede orlov. Ved at tvinge moderen til at passe barnet, selv om forældrene måtte have truffet anden beslutning, hindrer loven ligeledes kvinder i at udøve deres erhverv.

IV — Mundtlig forhandling

I retsmødet den 22. maj 1984 er der afgivet mundtlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen, U. Hofmann, ved advokat Bertelsmann og advokat professor Heide Pfarr, Hamburg, af Forbundsrepublikken Tyskland ved Roeder, af Det forenede Kongeriges regering ved barrister Richard Plender, Inner Temple, og af Kommissionen ved Beschel.

Det forenede Kongeriges regering har først givet en oversigt over de britiske lovbestemmelser og har dernæst gjort gældende, at bestemmelserne i Mutterschutzgesetz ligesom visse bestemmelser i den britiske lovgivning er omfattet af direktivets artikel 2, stk. 3, da bestemmelserne har til formål at beskytte kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Hvis en stat fratages retten til at begrænse bestemmelser af den her omhandlede art til kun at gælde for mødre, vil den undlade at træffe sådanne beskyttelsesforanstaltninger.

Direktiv 76/207 giver ikke borgerne fællesskabsrettigheder, som de kan påberåbe sig ved domstolene, da direktivet ikke fastsætter umiddelbare, ubetingede og nøjagtige forpligtelser. Ganske vist kan et direktiv under visse omstændigheder anvendes umiddelbart på forholdet mellem en borger og en medlemsstat, men derimod aldrig på indbyrdes forhold mellem borgerne.

Ifølge den britiske regering er det med urette, at Kommissionen antager, at en stat eller en borger ifølge en dom i en traktatbrudssag er forpligtet til at yde den person erstatning, som angiveligt har lidt et tab. Borgernes rettigheder afledes ikke af dommen, men af de fællesskabsretlige bestemmelser, som eventuelt måtte være umiddelbart anvendelige. En stats formodede traktatbrud indebærer ikke, at en borgers rettigheder i forhold til en anden borger tilsidesættes.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 27. juni 1984.

Præmisser

- 1 Ved kendelse af 9. august 1983, indgået til Domstolen den 29. august s.å., har Landessozialgericht Hamburg i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af 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 (EFT L 39, s. 40) med henblik på at afgøre, om § 8a i den tyske lov om beskyttelse af mødre (Mutterschutzgesetz) af 18. april 1968 som ændret ved love af 25. juni 1979

og 22. december 1981 (BGBl. I 1968, s. 315, 1979 s. 797 og 1981, s. 1523) er forenelig med fællesskabsretten.

- 2 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at sagsøgeren i hovedsagen, Hofmann, er fader til et uden for ægteskab født barn, som han har anerkendt. Efter udløbet af den lovbestemte barselorlov (Schutzfrist) på otte uger, som moderen havde haft krav på efter fødselen, fik han af sin arbejdsgiver bevilget orlov uden løn indtil den dag, hvor barnet blev seks måneder, og i den periode passede han barnet, mens moderen genoptog sit erhvervsarbejde.

- 3 Samtidig ansøgte han sagsøgte i hovedsagen, Barmer Ersatzkasse, om dagpenge for en periode svarende til den i Mutterschutzgesetz' § 8a hjemlede forlængede barselorlov (Mutterschaftsurlaub) jfr. lovens § 13 sammenholdt med § 200, stk. 4, i Reichsversicherungsordnung.

- 4 Sagsøgte afslog sagsøgerens ansøgning; sagsøgerens klage herover forblev ligeledes uden resultat. Under en efterfølgende retssag frifandt Sozialgericht Hamburg ved dom af 19. oktober 1982 sagsøgte med den begrundelse, at i henhold til såvel ordlyden af Mutterschutzgesetz' § 8a som lovgivers vilje, har alene mødre ret til den forlængede orlov. Ifølge Sozialgericht ønskede lovgiver ikke at indføre en »forældreorlov«.

- 5 Sagsøgeren indbragte dommen for Landessozialgericht Hamburg, idet han gjorde gældende, at formålet med at indføre en forlænget orlov i henhold til Mutterschutzgesetz i virkeligheden ikke var at beskytte moderens helbred, men udelukkende at sikre, at moderen skulle passe barnet. Under sagen for Landessozialgericht nedlagde sagsøgeren i første række påstand vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207.

- 6 Da der var opstået tvivl om, hvorvidt de nationale lovbestemmelser om den forlængede orlov, Mutterschaftsurlaub, var forenelige med det nævnte direktiv, tog Landessozialgericht sagsøgerens begæring til følge, så meget mere som retten havde erfaret, at Kommissionen havde anlagt traktatbrudssag mod Forbundsrepublikken Tyskland vedrørende det samme

spørgsmål (sag 248/83). Følgelig har Landessozialgericht forelagt Domstolen følgende to spørgsmål:

»1. Er det i strid med artiklerne 1, 2 og 5, stk. 1, i 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), at alene arbejdende mødre — men derimod ikke, efter aftale mellem forældrene, arbejdende fædre — efter udløbet af en otte ugers barselorlov direkte efter fødselen har ret til en forlænget orlov, til hvis gennemførelse staten yder et nettobeløb på højst 25 DM pr. dag, og som varer, idtil barnet fylder 6 måneder?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, er artiklerne 1, 2 og 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF da direkte anvendelige i medlemsstatene?»

7 Landessozialgericht anførte i forelæggelseskendelsen at sagsøgeren på samme tidspunkt havde indbragt spørgsmålet for Bundesverfassungsgericht under anbringende af, at visse bestemmelser i loven om indførelse af den forlængede orlov var forfatningsstridige, da de var i strid med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, jfr. den tyske grundlovs artikel 3, stk. 2 og 3.

Første spørgsmål (ligebehandlingsprincippets rækkevidde og begrænsning)

8 Der skal først foretages en gennemgang af indholdet af de lovbestemmelser om den forlængede barselorlov, som er genstand for den for Landessozialgericht indbragte tvist.

9 I henhold til Mutterschutzgesetz' § 6, stk. 1, må kvinder, der har født, ikke arbejde erhvervs-mæssigt før udløbet af en periode på otte uger efter fødselen. Ifølge lovens § 8a har mødre ret til en forlænget orlov, Mutterschaftsurlaub, fortsættelse af barselorloven efter § 6, stk. 1, indtil den dag barnet fylder seks måneder. Moderen skal ansøge om forlænget orlov senest fire uger før udløbet af barselorloven. Retten til forlænget orlov er betinget af, at

moderen i en periode på principielt ni måneder inden fødselen har været part i et arbejdsforhold. Hvis barnet dør under orloven, ophører denne principielt tre uger efter barnets død. I henhold til § 9a kan arbejdsgiveren ikke ophæve arbejdsforholdet under den forlængede orlov og i en periode på to måneder efter dennes udløb. Ifølge lovens § 13 har moderen under orloven ret til kontantydelse fra det offentlige svarende til hendes løn, dog højst 25 DM pr. dag efter de på tidspunktet for sagen gældende bestemmelser.

- 10 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at formålet med de anfægtede løvbestemmelser, modsat barselorloven efter lovens § 6, i virkeligheden ikke er at beskytte moderen af biologiske og lægevidenskabelige grunde, men derimod at beskytte barnet. Sagsøgeren er nået til denne konklusion dels på grundlag af motiverne til loven om indførelse af den forlængede orlov, dels på grundlag af særlige objektive karakteristika i loven. Han har i denne forbindelse navnlig henvist til følgende tre forhold i loven:

- Orloven ophører i tilfælde af barnets død, hvoraf fremgår, at orloven er indført i barnets og ikke i moderens interesse.
- Orloven er frivillig. Det kan således ikke hævdes, at den af biologiske og lægevidenskabelige grunde er tvingende nødvendig.
- Endelig kravet om et arbejdsforhold i en minimumsperiode inden fødselen. Den forlængede orlov ydes således ikke i kvindens interesse, da den i så fald burde tilkomme alle kvindelige lønmodtagere uanset tidspunktet for arbejdsforholdets begyndelse.

- 11 Ifølge sagsøgeren kan man beskytte moderen mod dobbeltbelastningen på grund af fødsel og arbejdsforhold ved foranstaltninger, som ikke indebærer en forskelsbehandling. Det kan eksempelvis ske ved, at faderen ligeledes får ret til orlov, eller at der indføres en forældreorlov, således at moderen fritages for at passe barnet og der for kan genoptage sit erhvervsarbejde ved

udløbet af den lovbestedte barselorlov. Spørgsmålet om, hvem der da skal have orlov, bør af hensyn til forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af køn overlades til forældrenes afgørelse.

- 12 Kommissionen, som støtter sagsøgerens opfattelse, har anført, at undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, som bemyndiger medlemsstaterne til at opretholde bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab, skal fortolkes restriktivt, for så vidt den fraviger ligebehandlingsprincippet. Da princippet er »en grundrettighed«, må dets anvendelse kun undergives begrænsninger ved bestemmelser, som objektivt er nødvendige til beskyttelse af mødre. Når nationale bestemmelser her også tjener barnets interesse, skal formålet fortrinsvis gennemføres ved ikke-diskriminerende foranstaltninger. I den foreliggende sag kan beskyttelsesformålet efter direktivets artikel 2, stk. 3, lige så vel gennemføres ved at yde faderen orlov og således aflaste moderen i hendes huslige pligter.
- 13 Kommissionen har henvist til, at den sociale lovgivning i en række medlemsstater udvikler sig i retning af en »forældreorlov« eller »børnepasningsorlov«, som bør foretrækkes frem for en orlov, der forbeholdes moderen. Kommissionen har til hensigt at indlede traktatbrudsprocedure mod en række medlemsstater, som opretholder forskellige former for foranstaltninger, som svarer til den forlængede barselorlov i tysk ret.
- 14 Forbundsrepublikken Tysklands regering, som støtter Barmer Ersatzkasse, har gjort gældende, at den i de anfægtede lovbestedte fastsatte beskyttelse af moderen har til formål at beskytte både moderens og barnets helbred ved at udligne modsætningsforholdet mellem kvindens rolle som moder og hendes situation som lønmodtager. Der består ganske vist ikke enighed om varigheden af den periode, hvor kvinden i særlig grad bør skånes som følge af graviditet og fødsel, men afhængigt af den enkelte kvindes behov er perioden af betydelig længere varighed end den lovbestedte otte ugers barselorlov. Således er den forlængede orlov berettiget ud fra kvindens biologiske egenart, da formålet er at undgå, at moderen straks ved udløbet af den

lovbestemte barselorlov tvinges til at tage stilling til, om hun vil genoptage sit erhvervsarbejde. Erfaringen og statistikken viser nemlig, at et betydeligt antal kvindelige lønmodtagere under den tidligere ordning blev tvunget til at opgive deres arbejde for at passe deres barn.

15 Over for især sagsøgerens argumenter har Forbundsrepublikken Tysklands regering anført, at den forlængede orlov efter tysk ret tilkommer moderen direkte i fortsættelse af den lovbestemte barselorlov i henhold til Mutter-schutzgesetz' § 6, stk. 1. Orlovens ophør i tilfælde af barnets død er begrundet af den omstændighed, at moderen nu ikke længere er udsat for en dobbelt-belastning som moder og lønmodtager. At den forlængede orlov er frivillig og kan søges af moderen, er i overensstemmelse med formålet, nemlig at gøre det muligt for kvinden frit at vælge den bedst egnede løsning under hensyntagen til sin helbredsmæssige tilstand og andre familiemæssige og sociale faktorer; herved tilgodeses formålet med orloven, nemlig at skåne moderen, i højere grad end ved andre løsninger, som f.eks. at yde faderen orlov eller at lade børnene passe af andre familiemedlemmer. Endelig kan bestemmelsen om, at der kun tilkommer moderen forlænget orlov, såfremt hun har været part i et arbejdsforhold i en minimumsperiode inden fødselen, forklares ud fra ønsket om at undgå misbrug ved, at gravide kvinder under graviditeten indleder et arbejdsforhold for derved at sikre sig ret til den forlængede orlov og de dertil knyttede dagpenge.

16 Det forenede Kongeriges regering har redegjort for Det forenede Kongeriges sociallovgivning, som indeholder bestemmelser om beskyttelse af moderen, og udtalt sig til støtte for den tyske regerings opfattelse. Den britiske regering har kritiseret det af Kommissionen forfægtede standpunkt og anført, at det indebærer en så restriktiv fortolkning af direktivets artikel 2, stk. 3, at medlemsstaterne afholdes fra at udnytte de i bestemmelsen hjemlede muligheder.

17 Med henblik på besvarelsen af det af Landessozialgericht forelagte spørgsmål er det nødvendigt først at gennemgå de bestemmelser i direktiv 76/207, som der henvises til.

- 18 Formålet med direktivet er at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår blandt andet »arbejdsvilkår«, for herved at gennemføre EØF-traktatens socialpolitiske mål, som der henvises til i direktivets tredje betragtning.
- 19 Med henblik herpå definerer artikel 1 »ligebehandlingsprincippet« således, at direktivet tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår. I henhold til artikel 2, stk. 1, indebærer ligebehandlingsprincippet, »at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«. Ifølge artikel 5, stk. 1, indebærer anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, for så vidt angår arbejdsvilkår, »at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn«. Ifølge artiklens stk. 2 forpligtes medlemsstaterne til at ophæve administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i strid med ligebehandlingsprincippet, eller til at revidere sådanne bestemmelser, »når det beskyttelseshensyn, som oprindeligt lå til grund for disse, ikke længere er begrundet«.
- 20 Artikel 2, stk. 2, 3 og 4, indeholder ud fra forskellige hensyn en række indskrænkninger af det i direktivet fastlagte ligebehandlingsprincip.
- 21 I henhold til stykke 2, som er uden betydning for den foreliggende sag, er direktivet ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse, »for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres«.
- 22 Stykke 3 bestemmer: »Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.«
- 23 I denne forbindelse skal ligeledes nævnes stykke 4, hvorefter direktivet ikke er til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og

kvinder, »ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder«, det vil sige, for så vidt angår adgang til beskæftigelse, fremmelse og øvrige arbejdsvilkår.

- 24 Det fremgår af denne gennemgang, at formålet med direktivet ikke er at regulere spørgsmål vedrørende familiens interne forhold eller at ændre opgavefordelingen mellem forældrene.
- 25 Yderligere må det særligt i forbindelse med stykke 3 fremhæves, at direktivet her giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med »graviditet og moderskab«, hvorved det anerkendes, at det i forhold til lighedsgrundsætningen er berettiget at beskytte kvinder i to forbindelser. For det første er der tale om at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødselen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende. For det andet er der tale om at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødselen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udøver sit erhvervsarbejde og derved udsættes for en dobbeltbelastning.
- 26 Principielt må en forlænget barselorlov, som tilkommer kvinden i fortsættelse af en lovbestemt barselorlov, derfor betragtes som en foranstaltning, der er omfattet af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, da formålet er at beskytte kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Ud fra dette synspunkt kan en sådan orlov lovligt forbeholdes moderen med udelukkelse af enhver anden person, da alene moderen kan udsættes for det uheldige pres, der ville følge af, at hun for tidligt skulle genoptage arbejdet.
- 27 Det bemærkes yderligere, at direktivet indrømmer medlemsstaterne et skøn, for så vidt angår de sociale foranstaltninger, de inden for direktivets rammer træffer for at beskytte kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab og for at udligne de faktiske eksisterende vanskeligheder, som kvinder, modsat mænd, har med at bevare beskæftigelsen. Som med rette anført af Det fore-

nede Kongeriges regering er sådanne foranstaltninger snærvært forbundet med den samlede socialsikringsordning i de forskellige medlemsstater. Det kan således fastslås, at medlemsstaterne har en rimelig skønsmargen, for så vidt angår beskyttelsesforanstaltningernes art og de konkrete betingelser for deres gennemførelse.

- 28 Det følger af det anførte, at det af Landessozialgericht Hamburg forelagte spørgsmål skal besvares således, at artiklerne 1 og 2 og artikel 5, stk. 1 i Rådets direktiv 76/207 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.
- 29 Da Landessozialgericht's første spørgsmål er besvaret benægtende, er det andet spørgsmål vedrørende virkningen af direktiv 76/207, såfremt en medlemsstat tilsidesætter bestemmelserne heri, blevet genstandsløst.

Sagens omkostninger

- 30 De udgifter, der er afholdt af Forbundsrepublikkens regering og Kommissionen, der har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, som er forelagt den af Landessozialgericht Hamburg ved kendelse af 9. august 1983, for ret:

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'Keefe	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.