

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 9. januar 1997 *

1. I den foreliggende sag har Domstolen fået forelagt et præjudicielt spørgsmål fra Frankrigs Cour de cassation vedrørende fortolkningen af visse bestemmelser 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 arbejdsvilkår¹ (herefter »direktiv 76/207«).

I samme år var Évelyne Thibault temmelig ofte fraværende fra tjenesten. Først havde hun sygeorlov i alt 52 dage (fra den 4. til den 13.2., fra den 3. til 16.3. og fra den 16.5. til den 12.6.), og senere havde hun barselsorlov i 16 uger (fra den 13.6. til den 1.10.), som blev forlænget med seks uger med henblik på, at hun fik mulighed for at passe sin søn (fra den 3.10. til den 16.11.) i overensstemmelse med artikel 46 i den nationale kollektive overenskomst for ansatte ved de sociale sikringsinstitutioner (herefter »den kollektive overenskomst«). I 1983 var hun altså kun på arbejde i 155 dage.

Spørgsmålet er rejst under en sag, som er anlagt af Caisse nationale d'assurance vicillesse des travailleurs salariés, der er en social sikringsinstitution (herefter »CNAVTS«) til ophævelse af en afgørelse, der blev afsagt i 1990 af Conseil de prud'hommes de Melun, som gav Évelyne Thibault medhold.

3. CNAVTS afslog at foretage en bedømmelse af Évelyne Thibault for 1983 under henvisning til kapitel XIII i de interne standardvedtægter for anvendelsen af den kollektive overenskomst (herefter »det interne reglement«), hvorefter en ansat, som har tilbagelagt en effektiv arbejdsperiode på mindst seks måneder, skal bedømmes.

2. Som det fremgår af forelæggelsesdommen blev Évelyne Thibault i 1973 ansat af CNAVTS som teknisk medhjælper og blev forfremmet til juridisk redaktør i 1983.

Afslaget fra Évelyne Thibault's overordnede på at bedømme hende medførte, at hun blev frataget muligheden for at blive optaget på en liste over de ansatte, hvorpå disse er klassificeret efter de af dem opnåede karakterer.

* Originalsprog: spansk.

1 — EFT L 39, s. 40.

Denne liste anvendes som grundlag for afgørelserne om de årlige forfremmelser, som er skønsmæssige, og som består i en lønforhøjelse på 2%.

4. Évelyne Thibault anlagde sag mod CNAVTS ved Conseil de prud'hommes de Paris, hvorunder hun rejste krav om at blive bedømt i 1983 og at modtage den hertil svarende lønforhøjelse, til støtte for hvilket hun gjorde gældende, at afslaget på at foretage en bedømmelse af hende på grund af hendes fravær som følge af barselsorlov var en diskriminerende foranstaltning, som indebar, at hun havde fortabt muligheden for en forfremmelse i det pågældende år.

Ved afgørelse af 17. december 1985 blev CNAVTS tilpligtet at efterbetale sagsøgeren i hovedsagen løn for perioden mellem den 1. januar og den 31. december 1984 som følge af, at hun uretmæssigt var blevet nægtet en lønforhøjelse, fordi barselsorlov ikke kunne betragtes som fravær fra tjenesten ved beregningen af den samlede arbejdsperiode på seks måneder, som er en betingelse for at blive bedømt.

5. CNAVTS iværksatte appel til prøvelse af denne afgørelse, som Cour de cassation ophævede ved dom af 9. februar 1989, idet den hjemviste sagen til fornyet pådømmelse ved Conseil de prud'hommes de Melun.

Ved sin afgørelse af 24. januar 1990 gav Conseil de prud'hommes Évelyne Thibault medhold med den begrundelse, at artikel L 123-1 i code du travail indeholder et klart forbud mod forskelsbehandling, at Évelyne Thibault's fravær fra tjenesten på grund af barselsorlov burde have været betragtet som en effektiv arbejdsperiode ved beregningen af det tidsrum, som er nødvendigt for at have krav på en bedømmelse, og at hun, hvis dette var sket, havde haft en effektiv arbejdsperiode på mere end seks måneder, hvorfor hendes overordnede burde have foretaget en bedømmelse af hende. Som følge heraf blev CNAVTS tilpligtet at foretage en efterbetaling af løn til hende for 1984 på 3 334 FRF.

6. Under den kassationsankesag, som CNAVTS anlagde til omstødelse af denne afgørelse, besluttede Cour de cassation i betragtning af, at reglen i artikel L 123-1, litra c), i den franske code du travail er en gennemførelse i fransk ret af direktiv 76/207, at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 1, stk. 1, artikel 2, stk. 1, artikel 5, stk. 1, og i givet fald artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 fortolkes således, at de indeholder et forbud mod at fratage en kvinde retten til at blive underkastet en faglig bedømmelse og dermed muligheden for at opnå en forfremmelse, fordi hun har været fraværende fra tjenesten på grund af barselsorlov?«

7. Ifølge artikel 45 i den kollektive overenskomst har gravide, kvindelige arbejdstagere, som har været ansat i en vis minimumsperiode, ret til 16 ugers barselsorlov med fuld løn, hvilken periode i visse tilfælde kan forlænges til 28 uger. Barselsorloven medgår ikke i beregningen af sygeorlov og kan ikke medføre nogen afkortning af den årlige ferie. Desuden kan en kvindelig arbejdstager ifølge artikel 46 efter barselsorlovens udløb få bevilget yderligere tre måneders tjenestefrihed med halv løn eller halvdanden måneds tjenestefrihed med fuld løn samt retten til at genindtræde i stillingen.

8. Ifølge artikel L 122-26-2 i code du travail ligestilles barselsorlov ved fastsættelse af en kvindelig arbejdstagers rettigheder som følge af anciennitet med effektive arbejdsperioder. Medmindre andet følger af loven, eller et arbejde eller en erhvervsmæssig beskæftigelse kun kan udøves af et bestemt køn, må der ifølge lovens artikel L 123-1, litra c), ikke træffes nogen foranstaltninger, hvorved der tages hensyn til udøverens køn, især for så vidt angår løn, faglig uddannelse, egnethed, indplacering, forfremmelse eller forflyttelse.

9. Den kollektive overenskomsts artikel 29 til 31 indeholder bestemmelser om tildeling af lønforhøjelse, som højst kan udgøre 40%

af lønnen. For det første kan ansatte fra toårsdatoen efter deres ansættelse hvert år få tildelt en lønforhøjelse på 2% af deres løn, som udelukkende afhænger af ancienniteten.

For det andet kan de ansattes lønforhøjelse fra treårsdatoen efter deres ansættelse på grundlag en skønsmæssig vurdering stige med yderligere 2%, dog højst 24%, hvoraf de supplerende 2% ydes afhængig af, om den ansatte er optaget på en liste, som fastsættes hvert år på grundlag af de karakterer, som den ansatte har fået tildelt af sin overordnede for kvaliteten af sit arbejde og sin adfærd. Andelen af de personer, som får tildelt denne diskretionære lønforhøjelse, må ikke overstige 40% af de ansatte inden for den enkelte kategori.

Når den ansatte har opnået en lønforhøjelse på 24%, udgør de efterfølgende lønforhøjelser kun 2% om året og ydes alene på grundlag af ancienniteten, indtil lønforhøjelsen udgør 40%.

10. Kapitel XIII i det interne reglement indeholder gennemførelsesbestemmelser til den kollektive overenskomsts artikel 29 til 31. Hvad angår den supplerende diskretionære lønforhøjelse på 2%, bestemmer regle-

mentet, at enhver ansat, som i årets løb har tilbagelagt en effektiv arbejdsperiode på mindst seks måneder, skal bedømmes af sine overordnede.

adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring. Dette princip betegnes i det følgende 'princippet om ligebehandling'.

11. Tillægget af 13. november 1975 til den kollektive overenskomst definerer begrebet »faglig erfaring« som effektiv arbejdsperiode. Ifølge tillæggets artikel 3 skal der i forbindelse med klassifikation af stillinger ved bestemmelsen af den periode, der medregnes som faglig erfaring, med virkning fra den 1. juli 1973, ud over den ansattes effektive arbejdsperiode, medregnes disse former for fravær, nemlig årlig ferie, individuel og ekstraordinær ferie, kortvarig ferie, tidsrum anvendt til hverv som fagforeningsrepræsentant, samt visse andre former for fravær inden for det maksimum på fem dage, som gælder for hver periode på seks måneder.

...«

13. Artikel 2 indeholder følgende bestemmelser:

»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.

Artikel 3a, som blev indsat ved et tillæg af 15. december 1983, og som trådte i kraft den 16. januar 1984, bestemmer, at også barselsorlov indgår i den periode, der medregnes som faglig erfaring, på samme måde som de former for fravær, der er nævnt i artikel 3.

...

12. Artikel 1 i direktiv 76/207 bestemmer således:

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

»1. Dette princip tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til

4. Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de

faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder.«

cippet om ligebehandling, anses for ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres

...«

14. Endelig indeholder direktivets artikel 5 følgende bestemmelser:

»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 regler eller i vedtægter for selvstændige erhverv, som er i modstrid med prin-

15. Der er indgivet skriftlige indlæg inden for fristen i henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen og afgivet mundtlige indlæg i retsmødet af den franske regering, af Det Forenede Kongerige og af Kommissionen.

16. Den franske regering har anført, at direktiv 76/207 er gennemført i national ret, nærmere bestemt ved artikel L 123-1 i code du travail, at overtrædelsen heraf er strafbar, og at det i direktivet indeholdte forbud mod forskelsbehandling ikke blot skal respekteres i medlemsstaternes lovgivning, men også i forbindelse med de kollektive overenskomster, som er indgået af arbejdsmarkedets parter.

Efter regeringens opfattelse må Domstolens praksis — hvorefter det er en forskelsbehandling såvel at nægte at ansætte² som at afskedige en kvinde³ — også have gyldighed

2 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941.

3 — Dom af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567.

for retten til at få en bedømmelse og til at blive forfremmet, da disse forhold er arbejdsvilkår i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 76/207.

Den franske regering foreslår derfor Domstolen, at det præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Cour de cassation, besvares bekræftende.

Efter regeringens opfattelse burde Évelyne Thibault's arbejdsgiver have skelnet mellem barselsorlov og sygeorlov, da kun sygeorlov kan anses for fravær fra tjenesten efter kapitel XIII i det interne reglement, idet ligebehandlingsprincippet i modsat fald må anses for tilsidesat. Det er nemlig i strid med Domstolens praksis i sager om ligebehandling at ligestille barselsorlov med fravær fra tjenesten af andre grunde, hvilket i den foreliggende sag har haft til følge, at sagsøgeren i hovedsagen ikke modtog nogen bedømmelse for 1983, selv om dette var en betingelse for, at hun kunne blive optaget på listen over de ansatte, der kunne opnå en diskretionær forfremmelse med en heraf følgende lønforhøjelse på 2%.

Den franske regering tilføjer, at denne forskelsbehandling ikke skyldes de nationale lovbestemmelser og de gældende overenskomster, men den fortolkning, som CNAVTS har anlagt af dem — eftersom arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at anse barselsorlov for en fraværperiode — og at den nationale ret skal fortolke disse lovbestemmelser på en sådan måde, at de opfylder fællesskabsrettens krav.

17. Det Forenede Kongerige har gjort gældende, at Évelyne Thibault ikke er blevet forskelsbehandlet på grundlag af køn og har til støtte herfor anført fire grunde: For det første, at det var hendes fravær fra tjenesten, som var grunden til, at hun ikke blev bedømt; for det andet, at man ikke kan sammenligne den situation, hvor en kvinde er fraværende fra tjenesten på grund af barselsorlov, med den situation, som en tjenestegørende mand eller kvinde befinder sig i; for det tredje, at det henhører under medlemsstaternes kompetence — med forbehold af bestemmelserne i direktiv 92/85/EØF⁴ — at fastlægge alle de rettigheder, kvinder har under en barselsorlov; for det fjerde, at direktiv 76/207 ikke indeholder nogen forskrift om, at fraværperioder på grund af et barns fødsel skal medregnes som en arbejdsperiode, der giver ret til at modtage en bedømmelse.

Det Forenede Kongerige foreslår Domstolen at besvare den nationale rets spørgsmål med, at når en arbejdstagers ret til en faglig bedømmelse er betinget af, at den pågældende har tilbagelagt en vis effektiv arbejdsperiode, stiller direktiv 76/207 ikke noget krav om, at arbejdsgiveren foretager en sådan

⁴ — Rådets direktiv 92/85/EØF af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1).

bedømmelse af en arbejdstager, som ikke har kunnet være til stede i tjenesten i denne minimumsperiode på grund af barselsorlov.

18. Kommissionen har gjort gældende, at det som bekendt kun er kvinder, der kan blive gravide, hvorfor en ligestilling af en barselsorlov med en sygeorlov er en direkte forskelsbehandling, da der er tale om to forskellige situationer, selv om det kriterium, som er afgørende for reglens anvendelse, nemlig fraværet fra tjenesten i mere end seks måneder i det pågældende år, i sig selv er neutralt. Kommissionen tilføjer, at afslaget på at bedømme en gravid kvinde under de i sagen beskrevne omstændigheder er en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, da afslaget er baseret på en fremgangsmåde for beregningen af fraværperioder fra tjenesten, som udelukkende stiller kvinder ringere.

Det er derfor Kommissionens opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål bør besvares bekræftende.

19. På grund af modstriden mellem de fremførte synspunkter vil jeg gerne straks sige, at jeg er helt uenig i den opfattelse, som Det Forenede Kongerige har gjort gældende, og den løsning, den har foreslået i sit skriftlige indlæg, hvorimod jeg for størstepartens vedkommende kan tilslutte mig de argumenter, som den franske regering og Kommissionen har fremført.

20. Jeg skal her dels tage udgangspunkt i et princip om, at lighed, som en af medlemsstaternes forfatningsdomstole har udtrykt det, »... hverken er en realitet eller et abstrakt matematisk begreb, men består i en ulige behandling af, hvad der er ulige, eller i en lige behandling af, hvad der er lige eller ensartet«⁵, dels henvise til Domstolens faste praksis, hvorefter en »forskelsbehandling ... kun kan bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer«⁶. På dette grundlag skal jeg i det følgende undersøge, om den omtvistede overenskomstbestemmelse — som anvendes lige for mænd og kvinder, da den simpelthen ligestiller barsels-med sygeorlov — garanterer en lige behandling, fordi de to situationer er ensartede, eller om den tværtimod medfører en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi den anvender den samme regel på forskellige situationer, idet den ved beregningen af den effektive arbejdsperiode tager hensyn til en form for orlov, som kun kan tildeles kvinder.

21. Hvad angår beskyttelsen af kvindelige arbejdstagere, som er gravide, eller som lige har født, giver direktiv 76/207 medlemsstaterne hjemmel til at vedtage bestemmelser, som medfører en forskellig behandling. Domstolen har allerede fastslået i Hofmanndommen⁷, at »direktivet ... giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med 'graviditet og moderskab',

5 — Dom afsagt af Spaniens Tribunal Constitucional nr. 29/1987 af 6.3.1987, præmis 5 b) (BOE af 24.3.1987).

6 — Dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30.

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

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 fødslen, 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 fødslen ...«.

Den barselsorlov, som er omhandlet i artikel 45 og 46 i den kollektive overenskomst, som finder anvendelse på Évelyne Thibault's ansættelsesforhold, og som normalt strækker sig over de uger, der ligger umiddelbart forud for og umiddelbart efter fødslen, og som kun kvinder kan få tildelt, er utvivlsomt omfattet af denne undtagelse.

22. Hvad angår dette særlige spørgsmål er jeg enig i den opfattelse, som generaladvokat Tesauro har gjort gældende, hvorefter »bestemmelser, som udstedes i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, ikke eller i hvert fald ikke med rette [efter en nøjere betragtning kan] betegnes som undtagelser fra ligebehandlingsprincippet, da de snarere har til formål at sikre, at ligebehandlingsprincippet materielt er effektivt, idet der herved kan fastsættes bestemmelser om 'ulige behandling', der er nødvendige til princippet gennemførelse. Alt i alt er der tale om tilfælde, hvor det med henblik på beskyttelse af kvindelige arbejdstagere er lovligt eller påbudt at bringe en anden behandling i anvendelse med henblik på at tilvejebringe en materiel ligebe-

handling og ikke en formel, som tværtimod ville være det modsatte af ligebehandling»⁸.

23. Den foreliggende sag drejer sig dog ikke om nationale bestemmelser til beskyttelse af kvinder, som er vedtaget på grundlag af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, men om anvendelsen af princippet om ligebehandling med hensyn til adgang til beskæftigelse samt arbejdsvilkår i nævnte direktivs artikel 5, stk. 1.

24. Ved fortolkningen af direktiv 76/207 har Domstolen fulgt en klar og fast praksis, hvori den har tilkendegivet sin opfattelse af, hvorledes en ugunstig behandling af en kvinde på arbejdsmarkedet på grund af hendes graviditet bør bedømmes.

Således fastslog Domstolen i Dekkerdommen⁹, at en arbejdstager direkte tilside-sætter ligebehandlingsprincippet i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207, hvis han nægter at indgå en ansættelseskontrakt med en kvindelig arbejdstager, som han har fundet egnet til at udføre det pågældende arbejde, når grunden til ikke at ansætte hende er de skadelige virkninger, som ansættelse af en gravid kvinde kan have for

8 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, forslagsets punkt 11.

9 — Dommen er nævnt i fodnote 2 under punkt 14.

arbejdsgiveren, og som beror på de af det offentlige fastsatte bestemmelser om uarbejdsdygtighed, hvorefter uarbejdsdygtighed som følge af graviditet og fødsel sidestilles med uarbejdsdygtighed på grund af sygdom.

I Hertz-dommen ¹⁰ af samme dato fastslog Domstolen, at »det følger af ovennævnte direktivbestemmelser (bestemmelserne i direktivets artikel 2, stk. 1 og 3, samt artikel 5, stk. 1), at afskedigelse af en kvinde på grund af graviditet er direkte forskelsbehandling af køn; det samme er tilfældet, såfremt en kvinde nægtes ansættelse på grund af graviditet.«

25. Nogle år senere bekræftede Domstolen denne praksis i sin dom i sagen Habermann-Beltermann ¹¹, idet den kendte for ret, at »artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 er til hinder for, at en ansættelseskontrakt — som er indgået på ubestemt tid, som vedrører arbejde, der skal udføres om natten, og som er indgået mellem en arbejdsgiver og en gravid arbejdstager, der begge har været uvidende om graviditeten — erklæres ugyldig som følge af et lovfæstet forbud mod natarbejde, der efter national ret gælder under svangerskabet og i amningsperioden, og for, at arbejdsgiveren anfægter kontrakten på grund af en vildfarelse med hensyn til væsentlige forudsætninger vedrørende arbejdstageren ved kontraktens indgåelse«.

26. I Webb-dommen ¹² afslog Domstolen at tage stilling til, som den forelæggende ret havde anmodet den om, om der er grundlag for at sammenligne den situation, som en kvinde befinder sig i, når hun er uarbejdsdygtig på grund af en graviditet, som har vist sig kort tid efter arbejdskontraktens indgåelse, og den situation, som en mand befinder sig i, når denne er uarbejdsdygtig af lægelige eller andre grunde. Herom udtalte Domstolen nemlig, at »en graviditet på ingen måde [kan] sammenlignes med en patologisk tilstand, endsige med et fravær, der ikke har lægelige årsager ...«. I en efterfølgende præmis tilføjede Domstolen, at »afskedigelse af en gravid kvinde, som er ansat på ubestemt tid, ikke kan begrundes med, at hun er ude af stand til at opfylde en af de væsentlige betingelser i arbejdskontrakten. For arbejdsgiveren er det nødvendigvis en væsentlig betingelse for rigtig opfyldelse af arbejdskontrakten, at arbejdstageren er til stede. Men den beskyttelse, fællesskabsretten sikrer kvinden under graviditeten og efter fødslen, kan ikke være afhængig af, om det er uomgængelig nødvendigt for driften af den virksomhed, hvor hun er ansat, at hun er til stede i svangerskabsperioden. Den modsatte fortolkning ville bevirke, at direktivets bestemmelser ikke fik effektiv virkning.«

27. Det fremgår af denne retspraksis, at enhver af arbejdsgiverens afgørelser, som påvirker beskæftigelsesmulighederne, som har direkte forbindelse med den arbejdssøgendes løn, eller som ændrer de arbejdsvilkår, hun får tilbudt, i sammenligning med arbejdsvilkårene for en mand, udgør en

10 — Dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærenes Forbund, Sml. I, s. 3979, præmis 13.

11 — Dommen er nævnt i fodnote 8, se præmis 26.

12 — Dommen er nævnt i fodnote 3, se præmis 24, 25 og 26.

direkte forskelsbehandling i strid med direktiv 76/207.

28. For mig er der ingen tvivl om, at bestemmelsen i kapitel XIII i det interne reglement, der er indeholdt som bilag til den kollektive overenskomst, hvorefter enhver ansat, som inden for det pågældende år har haft en effektiv arbejdsperiode på mindst seks måneder, skal bedømmes af sine overordnede — hvilken bedømmelse udgør en nødvendig, om end ikke tilstrækkelig betingelse for at opnå en diskretionær forfremmelse, der består i en lønforhøjelse på 2% — må anses for et arbejdsvilkår i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 1.

29. Jeg skal ligesom Kommissionen fremhæve, at denne regel, hvorefter retten til at modtage en bedømmelse er betinget af en effektiv arbejdsperiode på seks måneder inden for det pågældende år, indeholder et neutralt kriterium, som gælder lige for mænd og kvinder, og som principielt ikke favoriserer det ene køn frem for det andet, da alle er lige udsat eksempelvis for risikoen for at blive fraværende på grund af sygdom. Det er imidlertid åbenbart, at denne regel i realiteten systematisk kan medføre en defavorisering af kvinder, da den giver en arbejdstager mulighed for at nægte at bedømme en kvindelig arbejdstager, hvis fravær fra tjenesten inden for det pågældende år for en stor dels vedkommende skyldes, at hun har haft barselsorlov.

30. Således som CNAVTS anvender denne overenskomstbestemmelse, medfører den nemlig, at enhver kvindelig arbejdstager, hvis fulde barselsorlov ligger inden for samme år, ikke opfylder den betingelse, som er nødvendig for at have krav på en bedømmelse, nemlig at vedkommende har tilbagelagt en effektiv arbejdsperiode på seks måneder, uanset hvor lidt hun har været fraværende fra tjenesten på grund af sygdom, hvortil kommer, at barselsorloven, som normalt udgør 16 uger, ifølge den kollektive overenskomsts artikel 45 under visse omstændigheder kan forlænges til 26 eller 28 uger. Det siger sig selv, at en kvinde i sidstnævnte tilfælde, såfremt hun føder flere gange, alene af denne grund vil blive berøvet retten til at få kvaliteten af sit arbejde og sin adfærd i tjenesten bedømt af sine overordnede i resten af året.

31. Jeg finder, at retten for en ansat til at få sit arbejde bedømt hvert år udgør en uadskillelig del af hans arbejdsvilkår, så meget mere på grund af de konkrete virkninger, som en bedømmelse har — eller de konkrete virkninger af, at der ikke er udfærdiget nogen bedømmelse. En positiv bedømmelse kan nemlig medføre, at den pågældende optages på listen over ansatte, som vil kunne tilkendes en diskretionær forfremmelse, der udgør et tillæg på 2% af lønnen, forudsat karaktererne er tilstrækkeligt høje. På tilsvarende måde udelukkes den pågældende fra muligheden for forfremmelse, hvis der ikke er udfærdiget nogen bedømmelse.

Under disse forhold er det for mig klart, at en ligestilling af barselsorlov og sygeorlov vil være direkte til skade for en kvinde, som har født, da risikoen for, at hun ikke modtager en årlig bedømmelse, af denne grund er bety-

delig større for hende end for en mand, for hvem kun en sygeorlov kan få nogen betydning inden for samme periode.

32. Jeg må på dette punkt konstatere, at den pågældende overenskomstbestemmelse har diskriminerende virkninger, da den anvendes på samme måde på forskellige situationer. For at sikre den nødvendige ligebehandling må man nemlig behandle det, som er forskelligt, på forskellig måde.

33. Da det på grund af den nødvendige ligestilling af mænd og kvinder i arbejdsmæssig henseende er udelukket at tage hensyn til en omstændighed, som pr. definition kun berører kvinder¹³, det være sig på ansættelsestidspunktet, eller mens ansættelsesforholdet står på, er det ikke muligt ved den beregning af en kvindelig arbejdstagers effektive arbejdsperiode, som foretages med henblik på bestemmelsen af, om hun har ret til en bedømmelse, at lægge den periode, hvorunder hun har haft barselsorlov, sammen med de perioder, hvor hun har haft sygeorlov eller har været fraværende fra tjenesten af andre grunde.

34. Da en ansats overordnede skal udtale sig om forskellige sider af den ansattes arbejde, må jeg erkende, at det er rimeligt at stille krav om, at den pågældende har haft et vist minimum af effektive arbejdsdage, og at dette krav ikke kan anses for at stå i misfor-

hold til det tilstræbte formål, som er, at de overordnede har mulighed for at vurdere den ansattes præstationer over en vis periode. Der findes dog ikke grundlag for at antage, at denne periode nødvendigvis og uden undtagelse skal udgøre seks måneder, og jeg er ikke overbevist om, at det er umuligt at afgive en udtalelse vedrørende en kortere periode.

Da der imidlertid er tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, er det unødvendigt at søge nogen motiveringer herfor.

35. Under den mundtlige forhandling gjorde Det Forenede Kongerige gældende, at Domstolens afgørelse i sagen Gillespie m.fl.¹⁴ måtte finde anvendelse på den foreliggende sag. Ifølge denne afgørelse »befinder de kvinder, som har barselsorlov i henhold til den nationale lovgivning, sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, en mand eller en kvinde, som arbejder normalt, befinder sig i«. Heraf sluttede Det Forenede Kongerige, at Évelyne Thibault ikke havde ret i at blive bedømt i 1983, da hun ikke havde tilbagelagt en effektiv arbejdsperiode på mindst seks måneder, idet hun i modsat fald ville have fået samme behandling som en mand eller en kvinde, som havde tilbagelagt den nødvendige effektive arbejdsperiode.

13 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Darmon i ovennævnte sag Dekker, som er nævnt i fodnote 2 (se punkt 26), og forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesouro i ovennævnte sag Webb, som er nævnt i fodnote 3 (se punkt 8).

14 — Dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Sml. I, s. 475, præmis 17.

36. Der er to grunde til, at jeg ikke kan tilslutte mig denne opfattelse. For det første fordi Gillespie-sagen vedrørte anvendelsen af princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde, således som dette princip er fastsat i traktatens artikel 119 og nærmere fastlagt ved direktiv 75/117/EØF¹⁵, og Domstolen fastslog i denne dom, at dette princip ikke indebærer nogen forpligtelse til at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov, hvilken konklusion synes logisk i betragtning af, at kvinder under barselsorlov ikke arbejder.

Den foreliggende sag vedrører imidlertid princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, og i Gillespie-dommen fastslog Domstolen, at det fremgår af anden betragtning til direktiv 76/207¹⁶, at dette direktiv ikke vedrører lønsprincippet.

37. For det andet skal jeg bemærke, at selv om jeg var af den opfattelse, at Gillespie-dommen fandt anvendelse i denne sag, ville jeg være uenig i de konklusioner, som Det Forenede Kongerige drager af dommen. I dommen fastslog Domstolen nemlig tillige, at når den ydelse, som udbetales under barselsorloven, beregnes på grundlag af den gennemsnitsløn, som den kvindelige arbejdstager har oppebåret på det tidspunkt, da hun

arbejdede normalt, kræver forbuddet mod forskelsbehandling, at den kvindelige arbejdstager nyder godt, endog med tilbagevirkende kraft, af en lønforhøjelse, som er sket mellem begyndelsen af den periode, referencelønnen omfatter, og slutningen af barselsorloven. Domstolen tilføjede, at det var en forskelsbehandling af den kvindelige arbejdstager alene i hendes egenskab af arbejdstager, såfremt man berøvede hende en lønforhøjelse under hendes barselsorlov, eftersom hun ville have modtaget den højere løn, hvis ikke hun havde været gravid.

Selv om det antages, at Gillespie-dommen finder anvendelse i den foreliggende sag, vil dette efter min opfattelse blot føre til en bekræftelse af, at det er en forskelsbehandling at ligestille barselsorlov med sygeorlov ved beregningen af den effektive arbejdsperiode, der kræves for, at en kvindelig arbejdstager har ret til en bedømmelse. Man kunne her gentage og tilpasse den formulering, som Domstolen har anvendt, og sige, at afslaget på at bedømme en kvinde med den begrundelse, at hun ikke var til stede på arbejdet på grund af barselsorlov vil forskelsbehandle hende alene i hendes egenskab af arbejdstager, eftersom man ikke kunne have nægtet hende retten til en bedømmelse, hvis hun ikke havde været gravid og ikke havde født et barn.

38. Af samtlige de anførte grunde skal jeg foreslå Domstolen at besvare det forelagte præjudicielle spørgsmål med, at artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national overenskomstbestemmelse, som ganske vist er neutral i sin ordlyd, idet den

¹⁵ — Rådets direktiv af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

¹⁶ — Jf. præmis 24 i Gillespie-dommen, som er nævnt i fodnote 14.

bestemmer, at en ansat, som har tilbagelagt en effektiv arbejdsperiode på mindst seks måneder, skal bedømmes af sine overordnede, men som, når den anvendes i praksis, medfører en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, da den giver mulighed for ved beregningen af den effektive arbejdsperiode at betragte en barselsorlov på samme måde som en sygeorlov.

39. Før jeg afslutter mit forslag til afgørelse, vil jeg dog gerne fremsætte en sidste klargørende bemærkning. I sit indlæg har den franske regering gjort gældende, at forskelsbehandlingen af Évelyne Thibault hverken skyldtes de pågældende lovbestemmelser (artikel L 123-1 i code du travail, hvorved direktiv 76/207 blev gennemført i fransk ret) eller de pågældende overenskomstbestemmelser, dvs. selve den kollektive overenskomst og det interne reglement, men skyldes den fortolkning, som CNAVTS har anlagt af disse bestemmelser.

40. Jeg kan kun delvis tilslutte mig denne opfattelse. Ganske vist er arbejdsgiveren ikke efter disse bestemmelser forpligtet til at betragte barselsorlov som fravær fra tjenesten ved bestemmelsen af, om den pågældende kvindelige arbejdstager har ret til en bedømmelse, men bestemmelsen forhindrer heller ikke arbejdsgiveren heri, idet den kan fortolkes på den måde, som CNAVTS har gjort for Évelyne Thibault's vedkommende.

at overvåge, at de bestemmelser, som er i strid med ligebehandlingsprincippet, og som navnlig findes i kollektive overenskomster og i virksomheders interne reglementer, anses for ugyldige, erklæres ugyldige eller ændres. Selv om artikel L 123-1 i code du travail udgør en korrekt gennemførelse af direktiv 76/207 i fransk ret, medfører den omstændighed, at den omtvistede regel er blevet opretholdt i det interne reglement for den pågældende kollektive overenskomst imidlertid efter min opfattelse »en tvetydig situation derved, at der for de omhandlede personer opretholdes en usikkerhed med hensyn til deres muligheder for at påberåbe sig fællesskabsretten«¹⁷.

Det anførte godtgøres af, at da Évelyne Thibault under sagen ved den nationale ret, og da den franske regering og Kommissionen i deres skriftlige og mundtlige indlæg her i sagen forsøgte at påvise, at det efter national ret var udelukket at fortolke bestemmelsen, således som CNAVTS havde gjort, blev de alle nødt til at påberåbe sig dels artikel L 122-26-2 i code du travail, som alene gælder for beregninger af anciennitet, dels artikel 3a i tillægget af 13. november 1975 til den kollektive overenskomst, som kun vedrører klassifikationen af stillinger. Under alle omstændigheder trådte denne sidstnævnte bestemmelse ikke i kraft før i januar 1984, dvs. på et senere tidspunkt end det år, sagen vedrører.

41. Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 76/207 pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til

17 — Jf. dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 41.

42. Under disse omstændigheder må det være på sin plads at minde om, at Domstolen i sin praksis har fastslået, »at enhver national retsinstans ved fortolkningen og anvendelsen af national ret må gå ud fra, at staten har til hensigt fuldt ud at opfylde de forpligtelser, der følger af det pågældende direktiv«¹⁸. Domstolen har endvidere fastslået, at »den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3«¹⁹.

Forslag til afgørelse

43. I overensstemmelse med de foranstående betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare det forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

Artikel 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 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national overenskomstbestemmelse, som ganske vist er neutral i sin ordlyd, idet den bestemmer, at en ansat, som har tilbagelagt en effektiv arbejdsperiode på mindst seks måneder, skal bedømmes af sine overordnede, men som, når den anvendes i praksis, medfører en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, da den giver mulighed for ved beregningen af den effektive arbejdsperiode at betragte en barselsorlov på samme måde som en sygeorlov.

18 — Dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 20.

19 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8.