

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 6 juni 1995 *

1. Court of Appeal in Northern Ireland (nedan kallad "Court of Appeal") har genom beslut av den 25 juni 1993 ställt fyra frågor beträffande tolkningen av artikel 119 i EEG-fördraget och vissa bestämmelser i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män¹, samt av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor².

3. I enlighet med de kollektivavtalsbestämmelser som gällde för deras lön under ledigheten⁴ erhöll de under denna tid

— hela veckolönen under fyra veckor,

— nio tiondelar av den hela lönen under två veckor,

Faktiska omständigheter

2. Under år 1988 var sjutton kvinnor, däribland Joan Gillespie (nedan kallade "klagandena vid den nationella domstolen"), vilka var anställda vid olika allmänna Health Boards i Nordirland³ (nedan kallade "svarendena"), föräldralediga.

4. I november 1988 utmynnade förhandlingar inom hälsovården i retroaktiva löneförhöjningar från och med den 1 april 1988.

* Originalspråk: franska.

1 — EGT nr L 45, s. 19.

2 — EGT nr L 39, s. 40.

3 — Enheter inom den allmänna hälsovården i Nordirland.

4 — Bestämmelser som var mer fördelaktiga än de som föreskrevs i lag.

5. Sättet att beräkna ersättningen till klagandena vid den nationella domstolen under deras föräldraledighet medförde enligt vad som följer av den nationella lagstiftningen

— att lönen sänktes och

— att klagandena vid den nationella domstolen gick miste om en del av löneförhöjningen.

6. Då klagandena vid den nationella domstolen ansåg att varje minskning av lönen och varje utebliven löneförhöjning under föräldraledighet stod i strid med principen om lika lön i artikel 119 i fördraget och i artikel 1 i direktiv 75/117 och med principen om likabehandling i direktiv 76/207, begärde de att de skulle omfattas av det nya löneavtalet och överklagade avgörandet från Industrial Tribunal av den 10 juni 1991 att avslå deras begäran.

7. Det är mot bakgrund av dessa omständigheter som Court of Appeal har hänskjutit följande fyra frågor till domstolen:

”1) Skall en kvinna då hon är frånvarande från sitt arbete med anledning av

föräldraledighet som hon har rätt till enligt den relevanta nationella lagstiftningen eller enligt sitt anställningsavtal, enligt följande bestämmelser eller enligt en av dessa, det vill säga i) artikel 119 i Romfördraget, ii) likalönsdirektivet (75/117/EEG) eller iii) likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG) (nedan kallade 'de relevanta bestämmelserna') erhålla hela den lön som hon skulle haft rätt till om hon vid detta tillfälle hade arbetat som vanligt för sin arbetsgivare?

2) För det fall den första frågan besvaras nekande, krävs det enligt de relevanta bestämmelserna att storleken på en kvinnas lön skall bestämmas på grundval av vissa särskilda kriterier när hon är föräldraledig?

3) För det fall den andra frågan besvaras jakande, vilka är då dessa kriterier?

4) För det fall såväl den första som den andra frågan besvaras nekande, kan det då konstateras att ingen av de relevanta bestämmelserna är tillämplig eller har någon inverkan på storleken av den lön som en föräldraledig kvinna har rätt till?”

8. Dessa frågor avseende tolkning i begäran om förhandsavgörande är mycket nära förbundna med varandra. Genom den första frågan ombeds domstolen fastställa om en kvinna enligt gemenskapsrätten under sin föräldraledighet skall erhålla hela den lön som hon skulle ha erhållit om hon hade arbetat som vanligt under denna tid. Jag skall först besvara denna fråga. Den tredje frågan är ett förtydligande av den andra frågan. För det fall den första frågan besvaras nekande, ombeds domstolen i huvudsak fastställa om det enligt gemenskapsrätten är möjligt att fastställa de kriterier som skall vara uppfyllda i fråga om en ersättning som är lägre än lönen. För det fall den första och den andra frågan besvaras nekande, ombeds domstolen fastställa huruvida det av gemenskapsrätten framgår hur hög lön kvinnan skall ha under sin föräldraledighet. Jag skall behandla dessa tre frågor i en andra del. Det är såvitt jag vet första gången domstolen skall uttala sig om dessa frågor.

Svar på den första frågan: Hindrar gemenskapsrätten att en kvinnlig arbetstagare under sin föräldraledighet inte erhåller hela den lön som hon skulle ha erhållit om hon hade arbetat som vanligt?

9. För att besvara denna fråga är det nödvändigt att definiera räckvidden för likalönsprincipen i artikel 119 i fördraget och i artikel 1 i direktiv 75/117 (II) och principen att en gravid kvinna har rätt till det skydd som anges i direktiv 76/207 (III), efter en redogörelse för de relevanta nationella och gemenskapsrättsliga bestämmelserna (I).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — De nationella bestämmelser i lag och kollektivavtal som är tillämpliga då en kvinna är föräldraledig

10. I Nordirland återfinns *bestämmelserna i lag* i Social Security (Northern Ireland) Order 1986 och i Statutory Maternity Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987. Vad beträffar bestämmelserna i *kollektivavtal* återfinns dessa i Council Handbook som antagits av Joint Councils for the Health and Personal Social Services (Northern Ireland).

11. Bestämmelserna i lag och kollektivavtal har *följande likheter*:

1) Under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda⁵ som ger rätt att uppbära lön under föräldraledigheten har den kvinnliga arbetstagaren rätt till arton veckors betald föräldraledighet,

⁵ — Dessa villkor — som jag inte kommer att gå in på eftersom de inte är föremål för frågor eller bestridanden — varierar beroende på om det är frågor om bestämmelser i lag eller kollektivavtal.

- 2) Den hela veckolön som kvinnan har rätt till under föräldraledigheten beräknas enligt det sätt som anges i artikel 21 i Regulations 1987, nämligen:
13. Storleken på lönen *varierar beroende på om arbetstagaren lyder under bestämmelserna i lag eller i kollektivavtal.*

a) arbetstagarens hela bruttolön under de två månader som föregår referensveckan ⁶,

b) multiplicerat med sex,

c) delat med femtiotvå,

eller: den hela veckolön som kvinnan har rätt till under föräldraledigheten

$$= \frac{\text{bruttolönen} \times 6}{52}$$

12. Den hela veckolön som kvinnan har rätt till under föräldraledigheten utgör grunden för beräkningen ⁷ av den ersättning som skall utbetalas till arbetstagaren under hennes föräldraledighet.

6 — Referensveckan bestäms utifrån början på den vecka då nedkomsten är beräknad. Det är fråga om den femtonde veckan före början på den vecka då nedkomsten är beräknad.

7 — Eller för omräkning av den hela veckolön som kvinnan har rätt till under föräldraledigheten för det fall en löneförhöjning sker under föräldraledigheten.

14. I *bestämmelserna i lag* föreskrivs att den kvinnliga arbetstagaren *skall ha rätt till:*

a) nio tiondelar av den hela veckolönen i sex veckor, och

b) därefter en schablonersättning om 47,95 UKL i tolv veckor.

15. Bestämmelserna i kollektivavtal är däremot förmånliga, eftersom de ger rätt till

a) hela veckolönen i fyra veckor,

b) nio tiondelar av den hela veckolönen i två veckor,

c) halva den hela veckolönen i tolv veckor.

I denna artikel skall med *lön* förstås den gängse grund-eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen.

16. Det kan inte förnekas att tillämpningen av dessa bestämmelser, i lag eller i kollektivavtal, leder till att de irländska kvinnliga arbetstagarna uppbär en lägre lön under den tid de är föräldralediga.

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att

B — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,

17. Klagandena i målet vid den nationella domstolen grundar sin talan på tre gemenskapsrättsakter: artikel 119 i fördraget och vissa bestämmelser i direktiv 75/117 och 76/207.

b) tidlön skall vara lika för lika arbete.”

18. I artikel 119 i fördraget anges att

19. I artikel 1 i direktiv 75/117 anges att

”Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete.

”Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härfter kallad ’likalönsprincipen’, innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön

skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen. ”Artikel 5

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön.”

1. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.

20. De relevanta bestämmelserna i direktiv 76/207 återfinns i artiklarna 2.1, 2.3, 5.1 och 5.2 c:

2. För detta ändamål skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att

”Artikel 2

1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

...

...

3. Detta direktiv skall inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap.”

- c) de lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen omarbetas, när det behövs av skydd som ursprungligen gav upphov till dem inte längre är välgrundat, och när liknande bestämmelser ingår i kollektivavtal, arbetstagar- och arbetsgivareanmodas att utföra den önskade omarbetningen.”

II — Innebär principen om lika lön i artikel 119 i fördraget och i artikel 1 i direktiv 75/117 att den kvinnliga arbetstagaren skall fortsätta att uppbära hela sin lön under föräldraledigheten?

För att besvara denna fråga är det nödvändigt att granska denna princip innehåll och räckvidd.

21. För det fall det tydligt framgår — och det har inte bestridits — att den lön som klagandena vid den nationella domstolen erhållit med tillämpning av de angivna nationella bestämmelserna utgör lön i den mening som avses i artikel 119 i fördraget och i artikel 1 i direktiv 75/117⁸, kan man med stöd av den omständigheten att det i dessa gemenskapsrättsliga bestämmelser inte hänvisas till arbetstagares graviditet göra gällande att denna grupp arbetstagare är utesluten från direktivets tillämpningsområde? Svaret på denna fråga kräver att syftet med de angivna gemenskapsrättsliga bestämmelserna granskas.

22. Redan år 1974⁹ fastslog gemenskapslagstiftaren att principen om likabehandling av

kvinnor och män i fråga om lön¹⁰ liksom i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor¹¹ ofta är av formell natur.¹² Eftersom principen betraktas som grundläggande är ett av de mål som skall prioriteras¹³ strävan att praxis skall överensstämma med lagstiftningen genom att rättsliga åtgärder vidtas. På grundval av artikel 2 i EG-fördraget aviseras ett framtida socialt åtgärdsprogram. Gemenskapslagstiftaren anger även att detta sociala åtgärdsprogram, vilket syftar till en samordning av de nationella lagstiftningarna, kommer att genomföras successivt. Gemenskapslagstiftaren kommer således att vidta särskilda rättsliga åtgärder för att skydda kvinnan mot varje ojämlig behandling som i praktiken sker i hennes yrkesliv.

23. Bland de sociala åtgärder som gör det möjligt att förverkliga detta mål har gemenskapslagstiftaren framlagt ett förslag till direktiv avseende genomförandet av principen om lika lön för kvinnor och män. Det gäller direktiv 75/117, som således utgör den första sociala åtgärd som vidtagits av rådet. Målet med direktivet är att genomföra principen om lika lön för kvinnor och män såsom den uttrycks i artikel 119 i fördraget.¹⁴

8 — Även om domstolen, såvitt jag vet, aldrig tidigare har uttalat sig om denna fråga, förefaller det troligt att domstolen i detta mål skulle tillämpa samma lösning på problemet som den som uttryckts av domstolen i domen av den 13 juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. s. 2743, punkt 7). I den domen fastslog domstolen att ersättning som den anställda erhåller under sjukledighet utgör lön, även om denna ersättning till en del återbetalas till arbetsgivaren av sjukkassan.

9 — Rådets resolution av den 21 januari 1974 om ett socialt åtgärdsprogram (EGT nr C 13, s. 1) [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå].

10 — Även kallad "likalönsprincipen".

11 — Även kallad "likabehandlingsprincipen".

12 — Rådets resolution som nämnts ovan i fotnot 9, "Uppnäendet av en fullständig och bästa möjliga sysselsättning inom gemenskapen", fjärde strecksatsen, s. 2.

13 — *Ibidem*, s. 3, punkt 4.

14 — Första övervägandet i direktiv 75/117.

24. De åtgärder som avser att skydda den kvinnliga arbetstagaren i händelse av graviditet utgör en konkret och särskild tillämpning av de allmänna bestämmelser som gäller för kvinnor.

25. Artikel 1 i direktiv 75/117 avser inte gravida kvinnliga arbetstagare, utan det faktum att denna biologiska skillnad mellan kvinnor och män — att endast kvinnor kan sätta barn till världen — inte skall utgöra ett skäl för diskriminering i fråga om lön.

26. Således kan inte det faktum att en kvinna är gravid utgöra grund för en sänkning av hennes lön med motiveringen att hennes produktivitet har minskat eller att hennes graviditet gör vissa förändringar nödvändiga som motiverar en lönesänkning. Följaktligen skall en kvinnas graviditet enligt artikel 119 i fördraget och enligt artikel 1 i direktiv 75/117 inte ha någon som helst inverkan på hennes lön då hon arbetar, det vill säga *före hennes föräldraledighet*. Att avvika från detta skulle tveklöst utgöra en direkt diskriminering på grund av kön.

27. Således skall artikel 1 i direktiv 75/117, i vilken, som jag har påpekat, anges att "principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härafter kallad 'likalönsprincipen', innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för

ersättningen", tolkas så, att den gravida kvinnan då hon arbetar skall behandlas på precis samma sätt som hon behandlades innan denna nya situation uppkom, det vill säga graviditeten. *Gemenskapslagstiftaren anger inte på något sätt hur stor en sådan lön skall vara. Det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att bestämma storleken på denna lön.* Gemenskapslagstiftaren erinrar emellertid om att det enligt den grundläggande principen om jämlikhet mellan könen krävs att lika lön skall erhållas för lika arbete som utförs av en man eller en kvinna, eller för likvärdigt arbete.

28. För att illustrera mitt uttalande med användning av de faktiska omständigheter som framkommit i detta mål, innebär likalönsprincipen att den gravida arbetstagaren som lämnar sitt arbete för att vara föräldraledig efter april månad skall ha rätt till hela lönen inklusive löneförhöjning under den tid som föregår föräldraledigheten, det vill säga under de månader som hon verkligen har arbetat. Således skall en arbetstagare som lämnar sitt arbete i juli ha rätt till en retroaktiv lön inklusive hela den höjning som skett i november för månaderna april till juli. Motsatsen skulle utgöra ett åsidosättande av bestämmelserna i artikel 119 i fördraget och i artikel 1 i direktiv 75/117.

29. I detta mål har klagandena vid den nationella domstolen dock anfört klagomål mot

storleken på de löner som de erhållit under den tid de varit föräldralediga, således under en tid då de inte arbetade. Med stöd av likalönsprincipen i artikel 119 i fördraget och i direktiv 75/117 hävdar de att de har rätt till den lön som de skulle haft om de hade fortsatt att arbeta.

30. Som vi har sett förutsätter användningen av denna princip att en diskriminering på grund av kön föreligger. Då det gäller begreppet diskriminering är domstolens fasta rättspraxis både tydlig och väl etablerad.¹⁵ Domstolen har även nyligen i en dom av den 14 februari 1995, Schumacker, fastslagit denna rättspraxis: "Diskriminering [kan] endast bestå av en tillämpning av olika regler i jämförbara situationer eller av samma regel i olika situationer."¹⁶

31. I en dom av den 14 juli 1994, Webb¹⁷, har domstolen fastslagit att den situation som en kvinnlig arbetstagare befinner sig i då hon till följd av graviditet är oförmögen att utföra den uppgift hon anställts för utgör en situation som i sig själv inte på något sätt kan jämföras med den som en man befinner sig i

som av medicinska eller andra orsaker också är oförmögen att arbeta: "graviditet är inte på något sätt jämförbar med ett sjukdomstillstånd och ännu mindre med en arbetsoförmåga av andra orsaker än medicinska, vilka är situationer som kan motivera en uppsägning av en kvinna utan att denna uppsägning innebär diskriminering på grund av kön."

32. Det skulle i än högre grad vara juridiskt oriktigt att jämföra den situation som en arbetstagare som utför sitt arbete befinner sig i med den som en föräldraledig kvinnlig arbetstagare befinner sig i. Följaktligen är bestämmelserna i artikel 119 i fördraget och artikel 1 i direktiv 75/117 inte relevanta i detta mål.

33. Innan den sista punkten i detta resonemang diskuteras, skall det emellertid påtalas att det utifrån handlingarna i målet inte är möjligt att på ett säkert sätt avslå ett av kraven (retroaktiv löneförhöjning¹⁸) från klagandena vid den nationella domstolen. Likalönsprincipen, som följer av de gemenskapsrättsliga bestämmelser som avses ovan, skulle utgöra hinder för att den särskilda gruppen gravida arbetstagare, till följd av den samlade effekten av den lagstadgade metoden för omräkning av den hela veckolön som kvinnan har rätt till under föräldraledigheten¹⁹ och det system för att bevilja löneförhöjningar som fastställts av svarandena i målet vid den nationella domstolen²⁰, huvudsakligen skulle uteslutas från

15 — Se särskilt domstolens dom av den 13 november 1984, Racke (283/83, Rec. s. 3791, punkt 7).

16 — C-279/93 (REG s. I-225) punkt 30.

17 — C-32/93, Rec. s. I-3567, punkt 25.

18 — Se punkt 6 i detta förslag till avgörande.

19 — Se punkt 11—15 i detta förslag till avgörande.

20 — Se punkt 4 i detta förslag till avgörande.

rätten till löneförhöjning. Hur som helst åligger det den nationella domstolen att avgöra detta.

III — Innebär den princip att gravida kvinnor har en laglig rätt till skydd som fastställs i direktiv 76/207 att en kvinna som är föräldraledig skall fortsätta att uppbära sin lön?

För att besvara denna fråga är det också nödvändigt att studera syftet med och räckvidden av denna princip.

34. Jag anser att på grundval av direktiv 76/207 skall även denna fråga besvaras nekande, och detta av tre skäl: den ifrågavarande gemenskapsrättsaktens lydelse, dess syfte och domstolens rättspraxis.

35. För det första innehåller direktiv 76/207 varken någon bestämmelse eller någon angivelse om storleken på den ersättning som den kvinnliga arbetstagaren skall uppbära under sin föräldraledighet. Enligt artiklarna 2.1, 2.3 och 5.1 fastslås i detta direktiv principen om rättsskydd för den gravida arbetstagaren. Följaktligen får medlemsstaterna enligt detta direktiv därutöver vidta särskilda åtgärder till skydd för kvinnor, *men målet med direktivet är inte att genomföra en*

harmonisering på detta område. Medlemsstaterna är således ensamma behöriga att besluta i denna fråga, det vill säga om storleken på den ersättning som skall utbetalas till den kvinnliga arbetstagaren under hennes föräldraledighet.

36. Den enda harmoniseringsåtgärd som anges i direktiv 76/207 — *vilken framgår av artikel 2.1 jämförd med artikel 5.1* — är förbudet mot att säga upp arbetstagaren under hennes föräldraledighet. Domstolen har för övrigt vid upprepade tillfällen fastställt att en sådan uppsägning utgör en diskriminerande åtgärd direkt på grund av kön.²¹ Domstolen har därtill jämställt en vägran att anställa en kvinna på grund av graviditet med en sådan uppsägning.²²

37. För det andra är syftet med detta direktiv klart uttryckt i dess ingress genom hänvisningen till rådets resolution av den 21 januari 1974. Den utgör en del av det sociala åtgärdsprogram som aviserats av gemenskapslagstiftaren så tidigt som år 1974. Målet är att utsträcka tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män till att omfatta tillgången till anställning och *andra arbetsvillkor än de som berör lönen.*²³ Direktiv 76/207 syftar varken till en harmonisering av bestämmelserna om lön —

21 — Se i detta avseende domstolens dom av den 5 maj 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Rec. s. I-1657, punkt 26), och domen i ovan nämnda målet Webb, punkt 17).

22 — Se i detta avseende dom av den 8 november 1990, Dekker (C-177/88, Rec. s. I-3941, punkterna 12 och 14).

23 — Detta följer av en granskning av det andra och det tredje övervägandet i direktiv 76/207.

direktiv 75/117 har antagits särskilt i detta syfte²⁴ — eller till att skapa ett särskilt gemenskapsrättsligt system för att skydda den gravida arbetstagaren. Målet med direktiv 76/207 är att återupprätta lika möjligheter för kvinnor och män genom ”att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1”²⁵. Enligt direktivet är undantag från den strikta principen om likabehandling av könen motiverade om de sker i avsikt att minska eller undanröja de ofördelaktiga följderna av kvinnans biologiska tillstånd under denna mycket speciella tid. Med andra ord är målet, såsom det uttrycks i doktrinen, med detta direktiv genom vilket kvinnan skyddas vid graviditet och föräldraledighet ”genom att förbehålla kvinnan rätten att utnyttja vissa rättigheter, eller till och med genom att vägra henne att utföra vissa skadliga arbeten, att i praktiken återupprätta en jämlikhet som enbart skulle hindras genom en strikt jämlikhet i de rättsliga bestämmelserna”²⁶. På denna punkt överensstämmer min slutsats med den som generaladvokat Tesauro givit uttryck för i sitt förslag till avgörande som föredrogs den 6 april 1995 i målet Kalanke, som är anhängigt vid domstolen²⁷.

38. För det tredje ger en granskning av domstolens rättspraxis även vid handen att ingen bestämmelse i direktiv 76/207 gör det möjligt att jakande besvara de frågor som ställts av Court of Appeal.

24 — *Ibidem*. Detta innebär dock inte en harmonisering av ersättnings storlek.

25 — Artikel 2.4 i direktiv 76/207.

26 — M. Darmon och J. G. Huglo: "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un univers en expansion." *RTDE* (1) januari—mars 1992, s. 10.

27 — C-450/93, punkt 17.

39. Inledningsvis har domstolen i en dom av den 12 juli 1984, Hofmann, i fråga om detta direktivs syfte fastställt att

”direktivet har inte till syfte att reglera frågor om hur familjen skall organiseras eller att ändra ansvarsfördelningen mellan föräldrarna”²⁸.

”Vad särskilt gäller punkt 3, skall det därefter tilläggas att kvinnans behov av skydd enligt direktivet erkänns som berättigat i två avseenden i förhållande till likabehandlingsprincipen, genom att medlemsstaterna förbehålls rätten att bibehålla eller införa bestämmelser i syfte att skydda kvinnan med avseende på ’graviditet och moderskap’. Det är dels frågan om att säkerställa skyddet för kvinnans biologiska tillstånd under och efter hennes graviditet, fram till den tidpunkt då hennes fysiska och psykiska funktioner normaliserats efter förlossningen, dels att skydda det speciella förhållandet mellan kvinnan och hennes barn under den tid som följer på graviditeten och förlossningen genom att undvika att detta förhållande störs av den ökade belastning som skulle bli följden om hon samtidigt skulle yrkesarbeta.”²⁹

40. Domstolen har således tillerkänt medlemsstaterna möjligheten att anta bestämmel-

28 — 184/83, Rec. s. 3047, punkt 24.

29 — *Ibidem*, punkt 25.

ser av undantagskaraktär till skydd för gravida kvinnor, men har satt upp gränser för deras utrymme för skönsmässig bedömning.

41. Domstolen har således i en dom av den 15 maj 1986, Johnston³⁰, fastslagit att artikel 2.3 i direktiv 76/207 skall tolkas strikt:

”liksom artikel 2.2 i direktivet skall artikel 2.3, genom vilken även tillämpningsområdet för artikel 3.2 c bestäms, tolkas strikt. Det följer av att graviditeten och moderskapet uttryckligen omnämns, att syftet med direktivet är att säkerställa dels skyddet för kvinnans biologiska tillstånd, dels det särskilda förhållandet mellan kvinnan och hennes barn. Denna bestämmelse i direktivet gör det således inte möjligt att utesluta kvinnor från en anställning med motiveringen att den allmänna opinionen kräver att de skall skyddas mer än män mot risker som påverkar kvinnor och män på samma sätt och som skiljer sig från de särskilda behov av skydd som kvinnor har, såsom de behov som uttryckligen har angivits.”

42. Domstolen har likaledes i en dom av den 25 oktober 1988, kommissionen mot Frankrike³¹, bekräftat denna ståndpunkt genom att fastställa att artikel 2.3 inte kan motivera åtgärder i syfte att skydda kvinnor i en egenskap som inte är typisk för kvinnor,

exempelvis i deras egenskap av äldre arbetstagare eller föräldrar.

43. Domstolen har härigenom *begränsat medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning* vad avser de sociala åtgärder som dessa vidtar i syfte att säkerställa att kvinnor som är gravida eller just har fått barn skyddas, dels genom att utjämna de faktiska nackdelar som kvinnor till skillnad från män drabbas av i fråga om att behålla anställningen, dels genom *att skydda de två behov som kvinnan har såsom dessa har definierats i domstolens ovannämnda dom i målet Hofmann*³².

44. Domstolen har även behandlat frågan om hur dessa gemenskapsrättsakter skall tolkas *för det fall en nationell särskild lagstiftning till skydd för gravida kvinnor saknas*.

45. I målet ”Hertz”, i vilket dom avkunnades den 8 november 1990³³, ombads domstolen fastställa huruvida en uppsägning som motiverats med att den kvinnliga arbetstagarer vid upprepade tillfällen varit frånvarande med anledning av sjukdom som härrörde från graviditeten stod i strid med bestämmelserna i direktiv 76/207. Domstolen fastslog att — *i brist på nationella bestämmelser som antagits med stöd av artikel 2.3* — utgjorde bestämmelsen i artikel 2.1 jämförd med den i

30 — 222/84, Rec. s. 1651, punkt 44.

31 — 312/86, Rec. s. 6315, punkt 12—16.

32 — Punkt 27.

33 — Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (C-179/88, Rec. s. I-3979).

artikel 5.1 i direktiv 76/207 inte hinder här-
emot, och fastställde att en sådan uppsägning
inte utgjorde en diskriminerande åtgärd ³⁴.

46. Domstolen har således vägrat att ut-
sträcka det materiella tillämpningsområdet för
det skydd för gravida arbetstagare som före-
skrivs i direktiv 76/207 ³⁵ *då inga nationella
bestämmelser antagits med tillämpning av
artikel 2.3 i direktiv 76/207*. Av denna anled-
ning kan domstolen inte fastställa att en
nationell bestämmelse, i lag eller i kollektiv-
avtal, enligt vilken arbetsgivare inte är skyl-
diga att låta kvinnliga arbetstagare bibehålla
hela sin lön under föräldraledigheten, står i
strid med gemenskapsrätten.

47. *Därtill* utgör, som Irlands regering har
påtalat, inte de löner som klagandena vid den
nationella domstolen erhållit den enda ersätt-
ning som tillerkänns kvinnor som är
föräldralediga. Således kan andra ersättningar
med syfte att skydda den kvinnliga arbetsta-
garen förekomma inom ramen för den soci-
alpolitik som förs av de irländska myndighe-
terna. Detta påpekande förefaller mig vara
mycket viktigt och för att använda domsto-
lens egna ord i den ovannämnda domen i
målet Hofmann:

”Sådana åtgärder (åtgärder till skydd för
kvinnan vid graviditet och moderskap) är,
som Förenade kungarikets regering med

rätta har hävdad, *nära förbundna med hela
systemet för social trygghet i de olika med-
lemsstaterna*. Det kan således konstateras att
medlemsstaterna har ett rimligt utrymme för
skönsmässiga bedömningar vad avser dessa
skyddsåtgärders natur och de konkreta for-
merna för att genomföra dem.” ³⁶

48. Följaktligen kan det i brist på gemen-
skapsrättsliga harmoniseringsbestämmelser
inte hävdas att en nationell lagstiftning, enligt
vilken det inte föreskrivs att kvinnan under
föräldraledigheten skall ha rätt att bibehålla
sin lön, står i strid med bestämmelserna i
artikel 2.1 jämförd med den i artikel 5.1 i
direktiv 76/207. Att fastställa motsatsen vore,
vilket den irländska regeringen påpekat, att
riskera att störa jämvikten i ett heltäckande
system för social trygghet.

49. Ett särskilt skyddssystem för arbetsta-
gare som är gravida, nyligen har fött barn
och som ammar har föreskrivits av gemen-
skapslagstiftaren. Det gäller rådets direktiv
92/85/EEG av den 19 oktober 1992 ³⁷. Detta
direktiv, som har till syfte att samordna
arbetsvillkoren för denna grupp arbetstagare
i medlemsstaterna, sattes i kraft den 19 okto-
ber 1994. *Även om direktivet inte är tillämp-
ligt i detta mål*, är det intressant att notera att
det i den ursprungliga bestämmelsen om
skydd på arbetsplatsen för kvinnor som är
gravida eller nyligen har fött barn, såsom den

34 — Punkt 19.

35 — Såsom det framgår av artikel 2.1 jämförd med artikel 5.1,
dvs. uppsägning under föräldraledigheten för kvinnor. Se
detta förslag till avgörande, punkt 36.

36 — Punkt 27, min kursivering.

37 — Om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbets-
platsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött
barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i
direktiv 89/391/EEG) (EGT nr L 348, s. 1.).

hade avfattats av kommissionen och föreslagits rådet den 17 oktober 1990³⁸, i dess artikel 5³⁹, föreskrevs att kvinnor skulle ha rätt till bibehållen lön under sin föräldraledighet (minst fjorton veckor). Detta förslag antogs inte av rådet. I artikel 11 i direktiv 92/85 föreskrivs:

”För att garantera att de arbetstagare som avses i artikel 2 skall kunna åtnjuta de rättigheter till skydd av säkerhet och hälsa som erkänns i denna artikel fastställs följande:

2) I det fall som avses i artikel 8 skall följande säkerställas:

b) Bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2.

3) Den ersättning som avses i punkt 2 b skall anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som arbetstagaren i fråga skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll av hälsoskäl, med förbehåll för eventuellt tak

för ersättningen som fastställts i nationell lagstiftning.”

50. Detta är *ytterligare ett argument* till stöd för min ståndpunkt. Genom att anta denna rättsakt har rådet visat sin avsikt att ge medlemsstaterna behörighet att avgöra frågan om rätten att behålla hela lönen under föräldraledigheten för kvinnor.

51. Jag drar således slutsatsen att klagandena i målet vid den nationella domstolen inte kan åberopa bestämmelserna i direktiv 76/207 till stöd för att kvinnliga arbetstagare enligt gemenskapsrättsliga bestämmelser skall ha rätt till hel lön under föräldraledigheten. Således faller denna fråga, då särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser i ämnet saknas, inom medlemsstaternas behörighet.

Svar på den andra, den tredje och den fjärde frågan: Då det inte i gemenskapsrätten föreskrivs att den kvinnliga arbetstagaren skall ha rätt till hela sin lön under föräldraledigheten och inte heller ges ledning i fråga om storleken på den lön som denna arbetstagare skall ha rätt till⁴⁰, finns det då kriterier som skall vara uppfyllda då storleken på den ersättning som är lägre än lönen skall fastställas?

52. Då det inte finns någon gemenskapsrättslig lagstiftning på området som jag kan grunda mitt resonemang på, skulle ett svar på

38 — COM (90) 406, slutlig, SYN 303 (EGT nr C 281, s. 3).

39 — *Ibidem*, s. 32.

40 — Se punkterna 22, 23, 27, 35, 37 och 48 i detta förslag till avgörande.

denna fråga innebära en bedömning av hela det nationella sociala systemet avseende skydd för kvinnliga arbetstagare under deras föräldraledighet, samt på sätt och vis en bedömning av den nationella rättens lagenlighet eller till och med dess ändamålsenlig-

het. Enligt domstolens fasta rättspraxis⁴¹ ankommer det inte på denna att inom ramen för det förfarande som föreskrivs i artikel 177 i EEG-fördraget utifrån gemenskapsrätten bedöma en åtgärd som vidtagits av en av medlemsstaterna.

53. Med anledning av det ovan anförda föreslår jag domstolen att besvara de frågor som ställts av Court of Appeal enligt följande:

- 1) Artikel 119 i EEG-fördraget, rådets direktiv 75/117 EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män, samt rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, innebär ingen skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa att en kvinna som är frånvarande från sitt arbete på grund av föräldraledighet som hon har rätt till enligt den relevanta nationella lagstiftningen eller enligt sitt anställningsavtal, skall erhålla hela den lön som hon hade haft rätt till om hon hade arbetat som vanligt under denna tid.
- 2) De ovannämnda gemenskapsbestämmelserna berör inte frågan om storleken på den lön som en föräldraledig kvinna har rätt till, och det är därmed inte möjligt att utifrån dessa fastställa de kriterier som skall vara uppfyllda då storleken på den ersättning som är lägre än lönen skall fastställas.

41 — Dom av den 6 oktober 1970, Grad (9/70, Rec. s. 825).