

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PHILIPPE LÉGER

föredraget den 2 december 2004¹

1. Återigen har domstolen att ta ställning till en begäran om förhandsavgörande angående anställda gravida kvinnors rättigheter enligt gemenskapsrätten. Den centrala frågan i förevarande mål är huruvida arbetsförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommer under graviditeten enligt gemenskapsrätten skall jämföras med arbetsförmåga till följd av annan sjukdom, och därvid beaktas vid fastställandet av det antal dagar under vilka arbetstagarna enligt de nationella sjuklönebestämmelser som är tillämpliga i målet har rätt till bibehållen lön, först hela lönen och därefter en del av den.

velat få klarhet i huruvida sådana bestämmelser som de ifrågakvarande enligt tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser skall anses vara diskriminerande.

3. Målet rör i sak frågan huruvida den rätt till likabehandling som gravida kvinnor har under graviditeten är en rätt till formell eller materiell likabehandling.

2. Labour Court (Irland) har genom sina tolkningsfrågor för det första velat få klarhet i huruvida de ifrågakvarande nationella bestämmelserna omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG och rådets direktiv 75/117/EEG,² eller av tillämpningsområdet för rådets direktiv 76/207/EEG.³ Den nationella domstolen har vidare

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

1 — Originalspråk: franska.

2 — Direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillnärmningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 78).

3 — 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 (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

4. I artikel 141.1 EG fastslås principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete. I artikel 141.2 anges att med lön skall 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.

7. Syftet med direktiv 76/207 är, enligt artikel 1 i detta direktiv, att i medlemsstaterna förverkliga principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning och arbetsvillkor.

8. I artikel 2 i direktiv 76/207 föreskrivs följande:

5. Direktiv 75/117 har till huvudsakligt syfte att underlätta den praktiska tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män som fastslagits i artikel 141 EG. I artikel 1 i direktivet fastslås att denna princip 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.

”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.

6. Enligt artikel 3 i samma direktiv skall medlemsstaterna avskaffa all diskriminering mellan kvinnor och män som strider mot likalönsprincipen och som kan hänföras till lagar och andra författningar. De skall vidare enligt artikel 4 vidta de åtgärder som behövs för att säkerställa att bestämmelser i kollektivavtal eller individuella anställningsavtal som strider mot likalönsprincipen skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras.

...”

9. I artikel 5 i direktiv 76/207 stadgas följande såvitt avser likabehandling i fråga om arbetsvillkor:

”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.

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

a) alla lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen avskaffas,

b) alla bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras ...”

10. Det skall vidare framhållas att gravida arbetstagares rättsliga ställning särskilt

behandlats i rådets direktiv 92/85/EEG.⁴ Enligt artikel 8 i detta direktiv skall gravida arbetstagare vara berättigade till sammanhängande barnledighet under mins. 14 veckor under tiden före eller efter förlossningen, varav minst två veckor skall vara obligatoriska. I artikel 11.2 b i samma direktiv föreskrivs att gravida arbetstagare skall ha rätt till bibehållen lön eller skälig ersättning under denna barnledighet. Enligt artikel 11.3 skall ersättningen 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.

B — *De nationella bestämmelserna*

11. I North Western Health Boards⁵ sjuklönebestämmelser som gäller för anställda vid lokala myndigheter och i offentlig tjänst i Irland föreskrivs bland annat att de anställda har rätt till sjukfrånvaro med lön under 365 dagar för varje fyraårsperiod. Full lön utgår

4 — Direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, p. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

5 — Hälsonämnden i nordvästra Irland, vilken inrättats av staten för att utföra vissa lagstadgade uppgifter för statens räkning (nedan kallad nämnden).

under högs. 183 dagar per tolv månadersperiod. När dessa dagar har utnyttjats utgår endast halv lön, dock med denna begränsning på 365 dagar per fyraårsperiod.⁶

12. I dessa bestämmelser föreskrivs vidare att varje arbetsförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommer före de fjorton veckornas barnledighet skall omfattas av North Western Health Board.⁷

13. Enligt andra bestämmelser som utfärdats av det irländska hälso- och barnministeriet har de anställda även rätt till barnledighet med bibehållen lön.

II — Omständigheter och målet vid den nationella domstolen

14. Margaret McKenna är anställd vid nämnden. Hon omfattas därmed av nämndens sjuklönebestämmelser.

15. Margaret McKenna blev gravid i januari år 2000. På läkares inrådan sjukskrev hon sig på grund av en graviditetsrelaterad sjukdom. Sjukfrånvaron kom att vara nästan hela graviditeten. Enligt begäran om förhandsavgörande berodde hennes frånvaro under graviditeten uteslutande på detta sjukdomstillstånd. Enligt läkarintyg var hon oförmögen att arbeta.⁸ Den 6 juli 2000⁹ hade Margaret McKenna utnyttjat samtliga dagar med full lön under sin sjukfrånvaro, varför lönen halverades från och med detta datum. Mellan den 3 september 2000 och den 11 december 2000 var sökanden föräldraledig med full lön. Även efter barnledighetens slut bedömdes Margaret McKenna av hälsoskäl vara arbetsoförmögen, och hennes lön halverades på nytt.

16. Inför Equality Officer vid Office of the Director of Equality Investigations (handläggaren vid byrån för undersökningar i frågor om jämställdhet) gjorde Margaret McKenna gällande att hon utsatts för könsdiskriminering i strid med direktiv 76/207, genom att den graviditetsrelaterade sjukdomen jämfördes med annan sjukdom och att hennes arbetsförmåga till följd av denna sjukdom beaktades vid fastställandet hennes rätt till sjuklön enligt sjuklönebestämmelserna. Hon gjorde vidare gällande att nämnden i strid

6 — Artikel 4.3 c i bestämmelserna.

7 — Artikel 4.3 n i de allmänna villkoren för sjuklönebestämmelserna har följande lydelse: "It should be noted that sickness as a result of a maternity-related illness prior to the granting of 14 weeks maternity leave fall to be considered under the Board's sick leave policy."

8 — Punkt 12 i begäran om förhandsavgörande.

9 — I begäran om förhandsavgörande har i punkt 5 angivits den 6 juli 2000 och i punkt 12 den 16 juli 2000. Det förefaller mot bakgrund av Equality Officers beslut, som återgivits i bilaga 2 i begäran om förhandsavgörande, som om den 6 juli 2000 är korrekt datum. I alla händelser saknar denna osäkerhet, med avseende på från vilket datum som sökanden i målet vid den nationella domstolen fått sin lön halverad, betydelse för besvarandet av de frågor som ställs av Labour Court.

med bestämmelserna i artikel 141.1 och 141.2 EG och direktiv 75/117 missgynnat henne genom att halvera hennes ersättning trots att hennes frånvaro berodde på en graviditetsrelaterad sjukdom.

arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom med arbetsoförmåga till följd av annan sjukdom, och att detta är förenligt med domstolens dom av den 19 november 1998 i målet Høj Pedersen m.fl.¹⁰

17. Equality Officer biföll Margaret McKennas talan, och slog fast att arbetsgivaren genom att jämställa graviditetsrelaterad sjukdom med annan sjukdom gjort sig skyldig till könsdiskriminering, och att direktiv 76/207 och domstolens rättspraxis på området medförde en skyldighet för nämnden att särbehandla fall då frånvaron beror på arbetsoförmåga till följd av graviditet, så att sjuklönebestämmelserna ger rätt till ersättning för sådan frånvaro. Equality Officer slog vidare fast att halveringen av Margaret McKennas lön innan hennes barnledighet inleddes stred mot artikel 141.1 och 141.2 EG samt mot direktiv 75/117. Equality Officer ålade således nämnden att ändra sina sjuklönebestämmelser så att gravida arbetstagare som under graviditeten lider av en graviditetsrelaterad sjukdom inte skulle diskrimineras. Den ålade vidare nämnden att till Margaret McKenna utge den lön hon hade rätt till samt skadestånd och ränta.

18. Nämnden överklagade det beslutet till Labour Court, och gjorde därvid gällande att det inte är diskriminerande att jämställa

III — Tolkningsfrågorna

19. Labour Court anser att målet vid densamma rör två frågor. För det första rör det frågan huruvida sökanden har blivit utsatt för diskriminerande arbetsvillkor genom att de dagar som hon var frånvarande på grund av arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom beaktats vid fastställandet av den sammanlagda period som hon har rätt till sjukfrånvaro med lön, så att den sjuklön hon har rätt till om hon skulle bli sjuk under de tre följande åren minskas eller upphör i fråga om nivå och varaktighet. För det andra rör det frågan huruvida sökanden utsatts för lönediskriminering genom att hennes lön halverats efter hennes 183 första dagar av sjukfrånvaro, trots att skälet till denna frånvaro varit graviditetsrelaterat och således endast kan drabba kvinnor.

¹⁰ — Dom av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327).

20. Labour Court har vidare hänvisat till domstolens praxis. Den har inlett genom att påminna om att enligt fast rättspraxis föreligger en diskriminering när olika regler tillämpas i situationer som är jämförbara eller när samma regler tillämpas i situationer som är olika. Enligt Labour Court är tillämpningen av denna princip i förevarande mål problematisk. Nämnden har framhållit att situationen för Margaret McKenna, som var frånvarande från arbetet med stöd av ett läkarintyg, var jämförbar med situationen för andra anställda, vilka hade läkarintyg på att de av hälsoskäl var oförmögna att arbeta, medan Margaret McKenna har gjort gällande att det är orsaken till arbetsförmågan som skall beaktas, och således att en arbetsförmåga till följd av graviditet inte är jämförbar med situationen när en man eller kvinna är frånvarande till följd av sjukdom.

direktiv 76/207 ger ett särskilt skydd för gravida kvinnor mot ogynnsam behandling vid arbetsförmåga orsakad av graviditet. Det resonemang som ligger bakom denna rättspraxis innebär att graviditet, som är ett tillstånd som bara kvinnor kan vara i, aldrig kan jämföras med sjukdomar som kan drabba både män och kvinnor. Denna rättspraxis har emellertid kommit till i mål som rört uppsägningar av eller vägran att anställa gravida kvinnor. Frågan är därför om den även gör sig gällande i förevarande mål, och således huruvida direktiv 76/207 är tillämpligt.

21. Labour Court har vidare anfört att domstolen i domen av den 14 juli 1994 i målet Webb¹¹ slagit fast att direktiv 76/207 hindrar en arbetsgivare från att säga upp en kvinnlig anställd med hänvisning till att hon inte kommer att kunna utföra sina arbetsuppgifter på grund av graviditet, och i domen av den 30 juni 1998 i målet Brown¹² slagit fast, att även om graviditet inte på något sätt kan likställas med ett sjukdomstillstånd, de problem och komplikationer som kan leda till arbetsförmåga naturligt hänger samman med graviditet och hör således till särdragen hos detta tillstånd. Labour Court har av dessa domar dragit slutsatsen att

22. Labour Court har därvid anfört att den ersättning som betalas vid sjukdom inom ramen för ett branschavtal utgör lön i den mening som avses i artikel 141 EG och i direktiv 75/117.¹³ Den har vidare utifrån domen av den 7 februari 1991 i målet Nimz¹⁴ och av den 2 oktober 1997 i målet Gerster¹⁵ dragit slutsatsen att bestämmelser i de ifrågakvarande nationella reglerna som direkt och automatiskt påverkar lönen skall prövas utifrån artikel 141 EG, medan de som endast indirekt påverkar lönen skall prövas utifrån direktiv 76/207.

13 — Dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743).

11 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. 1-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. 35).

14 — Dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. 1-297).

12 — Dom av den 30 juni 1998 i mål C-394/96, Brown (REG 1998, s. 1-4185).

15 — Dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, Gerster (REG 1997, s. 1-5253).

23. Labour Court har även hänvisat till att domstolen i domen av den 13 februari 1996 i målet Gillespie m.fl.¹⁶ har slagit fast att varken artikel 141 EG eller direktiv 75/117 medför något krav på att arbetsgivaren skall ersätta hela lönen för kvinnliga arbetstagare under deras barnledighet. Labour Court har därav dragit slutsatsen att inte heller artikel 141 EG och direktiv 75/117 medför något krav på att arbetsgivarna skall betala en arbetstagare full lön under en frånvaro till följd av graviditetsrelaterad sjukdom under tiden innan barnledigheten påbörjas.

24. Labour Court har understrukit att domstolen i domen i det ovannämnda målet Høj Pedersen m.fl. har fastslagit att en nationell bestämmelse som begränsar arbetstagarnas rätt till full lön under en frånvaro för sjukdom som inte är graviditetsrelaterad strider mot artikel 141 EG och direktiv 75/117. Labour Court konstaterar att denna dom innebär att en sjukdom till följd av graviditet skall likställas med andra sjukdomar när det gäller nivån på den lön som en gravid arbetstagare skall erhålla.

25. Labour Court har slutligen framhållit att domstolen i domen i det ovannämnda målet Gillespie m.fl. har slagit fast att frågor

om lön skall bedömas uteslutande utifrån artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117, och inte utifrån direktiv 76/207.

26. Labour Court har mot denna bakgrund beslutat vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- "1. Omfattas sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som drabbats av graviditetsrelaterad sjukdom jämföras med arbetstagare som drabbats av annan sjukdom av tillämpningsområdet för direktiv 76/207?
2. Om svaret på den första frågan är jakande, hindrar direktiv 76/207 en arbetsgivare från att beakta de dagar under vilka en anställd var frånvarande på grund av arbetsförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommit under graviditeten vid fastställandet av de rättigheter som arbetstagaren har totalt sett enligt de gällande sjuklönebestämmelserna?
3. Om svaret på den första frågan är jakande, är en arbetsgivare enligt direktiv 76/207 skyldig att särbehandla

¹⁶ — Dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie (REG 1996, s. I-475).

frånvaro på grund av arbetsförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommit under graviditeten?

4. Omfattas sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som lider av graviditetsrelaterad sjukdom och arbetstagare som lider av annan sjukdom av tillämpningsområdet för artikel 141 i EG-fördraget och direktiv 75/117?

5. Om svaret på den fjärde frågan är jakande, hindrar artikel 141 i fördraget och direktiv 75/117 en arbetsgivare från att minska en kvinnlig arbetstagares lön efter det att hon varit frånvarande från arbetet en viss tid, när frånvaron beror på arbetsförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom och omständigheterna är sådana att en icke-gravid kvinna eller en man som varit frånvarande från arbetet under samma tidsperiod på grund av arbetsförmåga till följd av sjukdom skulle ha drabbats av samma minskning?"

Margaret McKennas invändning mot att hennes lön minskats under tiden från den 6 juli till den 3 september 2000, dels minskningen i värde och omfattning av hennes rätt till ersättning vid eventuell sjukdom enligt de ifrågavarande sjuklönebestämmelserna under de tre följande åren. Enligt de uppgifter som lämnats av den nationella domstolen utgörs den ersättning som föreskrivs i de ifrågavarande sjuklönebestämmelserna av en rätt för de anställda till ett visst antal dagars sjukfrånvaro med full lön, och därefter ett visst antal dagars sjukfrånvaro med sänkt lön.

28. Vidare, vilket framgår av lydelsen i den andra, den tredje och den femte tolkningsfrågan, rör målet vid den nationella domstolen endast Margaret McKennas frånvaro på grund av graviditetsrelaterad sjukdom under den tid hon varit gravid. Margaret McKenna har, vilket hon bekräftade vid förhandlingen, inte invänt mot att hennes frånvaro på grund av arbetsförmåga som inträffat efter det att barnledigheten upphört tagits med vid fastställandet av hennes rätt till sjuklöneförmåner, trots att denna arbetsförmåga berodde på ett sjukdomstillstånd som hängde samman med graviditeten eller förlossningen.

IV — Bedömning

27. Det skall inledningsvis konstateras att målet vid den nationella domstolen rör dels

29. Mot denna bakgrund, och för att ge den nationella domstolen ett användbart svar, föreslår jag att domstolen skall tolka frågorna så att de hänför sig till sjuklönebestämmelser

enligt vilka arbetstagare som lider av graviditetsrelaterade sjukdomar och de som lider av andra sjukdomar jämföras, på så sätt att frånvaro till följd av arbetsförmåga på grund av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommit under graviditeten beaktas vid fastställandet av rätten till sjukfrånvaro med lön.

30. Jag skall inledningsvis undersöka vilka gemenskapsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål. Därefter skall jag undersöka huruvida sjuklönebestämmelserna i fråga är diskriminerande, och om så är fallet undersöka vilka konsekvenser en sådan diskriminering medför.

A — Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

31. Den nationella domstolen har genom den första och den fjärde tolkningsfrågan, vilka skall prövas gemensamt, velat få klarhet i huruvida sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som lider av en graviditetsrelaterad sjukdom behandlas på samma sätt som arbetstagare som lider av en annan sjukdom i det avseendet att frånvaro till följd av arbetsförmåga på grund av en graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommit under graviditeten beaktas vid fastställandet av

rätten till sjukfrånvaro med lön omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 eller av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117.

32. Olikheterna i de svar som föreslagits av dem som yttrat sig i målet illustrerar svårigheten med att exakt definiera tillämpningsområdet för dessa olika bestämmelser.

33. Margaret McKenna och Italiens regering har anfört att de omtvistade bestämmelserna omfattas av tillämpningsområdet för såväl direktiv 76/207 som artikel 141.1 och 141.2 EG. Margaret McKenna har därvid anfört att bestämmelserna omfattas av direktiv 76/207 eftersom det i dessa föreskrivs att sjukfrånvaro till följd av graviditetsrelaterad sjukdom skall beaktas vid beräkningen av de 183 dagarnas sjukfrånvaro med full lön. Samma bestämmelser omfattas även av artikel 141.1 och 141.2 EG samt av direktiv 75/117, genom att de medfört en lönesänkning avseende perioden mellan den 6 juli och den 3 september 2000.

34. Irlands regering, Österrikes regering, Förenade kungarikets regering och nämnden har anfört att de ifrågavarande bestämmelserna omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117. De har påpekat att det är nödvändigt att se till konsekvenserna av dessa bestämmelser, och att arbetstagare såsom Margaret McKenna enligt dessa har rätt till lön under sin sjukfrånvaro. Enligt fast

rättspraxis utgör den ersättning som en arbetstagare erhåller under perioder av sjukfrånvaro lön i den mening som avses i artikel 141 EG,¹⁷ och inte "behandling" i den mening som avses i direktiv 76/207. De har understrukit att även om Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG¹⁸ har utvidgat tillämpningsområdet för direktiv 76/207 på så sätt att arbetsvillkor även innefattar lön, så är det direktivet inte tillämpligt i förevarande mål, eftersom tidsfristen för dess införlivande löper ut den 5 oktober 2005. Enligt den tillämpliga versionen av direktiv 76/207 och enligt rättspraxis regleras lönevillkor uteslutande av artikel 141.1 och 141.2 EG samt av direktiv 75/117.¹⁹ Dessutom är den löne­minskning som Margaret McKenna fått vidkännas en direkt och automatisk konsekvens av tillämpningen av de ifrågakvarande bestämmelserna.

35. Slutligen har kommissionen gjort gällande att de omtvistade bestämmelserna endast omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207, eftersom de innehåller bestämmelser om arbetsvillkor som föreskrivits i anställningsavtalet och dess påverkan på lönen är alltför indirekt för att de skall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG.

36. I likhet med kommissionen anser jag att sjuklönebestämmelserna omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207. Innan jag anger skälen för denna slutsats skall jag kort redogöra för kärnfrågan.

37. Jag anser inte att svaret på denna fråga är avgörande för huruvida de ovannämnda bestämmelserna är diskriminerande. Med andra ord anser jag inte att den omständigheten att bestämmelserna prövas mot direktiv 76/207 eller mot artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117 medför olika slutsatser i bedömningen av huruvida de är diskriminerande. Begreppet diskriminering definieras nämligen på samma sätt i dessa två fall. Det rör sig i båda fallen om att olika regler tillämpas i situationer som är jämförbara eller att samma regler tillämpas i situationer som är olika.²⁰ Jag hänvisar härvid även till att det i direktiv 2002/73, i vilket en uttrycklig hänvisning gjorts till domstolens rättspraxis avseende begreppet diskriminering,²¹ föreskrivs att lönen sådan-

17 — Domarna i de ovannämnda målen Rinner-Kühn och Hoj Pedersen m.fl.

18 — Direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av direktiv 76/207 (EGT L 269, s. 15).

19 — Se andra skälet i ingressen till direktiv 76/207 och domen i det ovannämnda målet Gillespie m.fl.

20 — Se när det gäller arbetsvillkor domen i det ovannämnda målet Brown, punkt 30, och angående lön dom av den 30 mars 2004 i mål C-147/02, Alabaster (REG 2004, s. I-3101), punkt 45.

21 — Tolfte skälet.

efter skall anses ingå i de arbetsvillkor som avses i direktiv 76/207.

av nationella domstolar i mål mellan enskilda,²⁵ saknar den en sådan "horisontell direkt effekt".²⁶

38. Det som frågan, huruvida de ifrågavarande bestämmelserna omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 eller av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG²², verkligen gäller hör samman med att dessa rättsakter inte har samma omfattning. Såsom fastslagits vid upprepade tillfällen är artikel 5.1 i direktiv 76/207, enligt vilken all diskriminering på grund av kön i fråga om arbetsvillkor skall vara förbjuden, tillräckligt klar för att kunna åberopas av enskilda gentemot offentliga myndigheter och för att kunna tillämpas direkt av nationella domstolar.²³ Det är icke desto mindre så att denna bestämmelse, som ingår i ett direktiv, inte direkt kan skapa en skyldighet för enskilda.²⁴ I motsats till artikel 141.1 EG, som kan tillämpas direkt

39. Domstolen har därför i varje mål där den ställs inför frågan huruvida de bestämmelser som aktualiseras i målet vid den nationella domstolen omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117 eller av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 upplyst om vilka som är de tillämpliga bestämmelserna.²⁷

40. Innehållet i de aktuella bestämmelserna erbjuder endast begränsad hjälp vid fastställandet av deras respektive tillämpningsområde. Även om uttrycket lön definieras i stora drag i artikel 141.2 EG, preciseras inte i direktiv 75/117 vad som avses med uttrycket "former och villkor för ersättningen" i artikel 1 i direktivet. När det gäller direktiv 76/207, har jag ovan anfört att,

22 — Det huvudsakliga syftet med direktiv 75/117 är att underlätta den konkreta tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män i artikel 141.1 och 141.2 EG. Det påverkar således varken innehållet i eller omfattningen av denna princip (dom av den 3 december 1987 i mål 192/85, Newstead, REG 1987, s. 4753, punkt 20, och i det ovan nämnda målet Høj Pedersen m.fl., punkt 29).

23 — Dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl. (REG 1990, s. I-3313, svensk specialutgåva, volym 10, s. 479), punkt 21, av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkt 40, och av den 20 mars 2003 i mål C-187/00, Kutz-Bauer (REG 2003, s. I-2741), punkt 71. Den nationella domstolen har i förevarande mål angett att Margaret McKenna i målet mot nämnden får göra gällande klara och ovillkorliga bestämmelser i direktiv 76/207, eftersom den är ett organ som kan hänföras till staten och förutsättningarna för "vertikal direkt effekt" av bestämmelserna i detta direktiv således är uppfyllda (punkt 21 i begäran om förhandsavgörande).

24 — Se, bland annat, dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325, svensk specialutgåva, volym 16, s. 1), punkt 20, av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells (REG 2004, s. I-723), punkt 56, och av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 108.

25 — Domstolens dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455, svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkt 40.

26 — Detta innebär emellertid inte att dess innehåll saknar rättsverknningar i ett mål mellan enskilda. Såsom domstolen erinrat om i domen i det ovan nämnda målet Pfeiffer m.fl. (punkterna 114–116), ankommer det på de nationella domstolarna att i ett sådant mål i möjligaste mån tolka den nationella rätten mot bakgrund av lydelsen hos och syftet med direktivet, för att på så sätt uppnå det resultat som eftersträvas genom detta.

27 — Se, exempelvis, dom av den 16 februari 1982 i mål 19/81, Burton (REG 1982, s. 555), punkt 8, av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889, svensk specialutgåva, volym 10, s. 407), punkt 10, domen i det ovan nämnda målet Nimz, point 8, av den 19 mars 2002 i mål C-476/97, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkterna 26–29, och av den 11 september 2003 i mål C-77/02, Steinicke (REG 2003, s. I-9027), punkt 48.

såsom framgår av artiklarna 1 och 5 i detta, avsikten med direktivet är att genomföra likabehandlingsprincipen i fråga om "arbetsvillkor". I direktivet definieras emellertid inte vad som där avses med "arbetsvillkor".

41. Det är således i rättspraxis som vi får söka de relevanta kriterierna för att avgöra vilka gemenskapsrättsliga bestämmelser som skall tillämpas i förevarande mål. Av denna rättspraxis framgår att domstolen inte har gett någon allmän definition av de ovannämnda begreppen. Den har från fall till fall avgjort huruvida de bestämmelser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen utgör "arbetsvillkor" i den mening som avses i direktiv 76/207 eller om de omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117.²⁸ Den förefaller därvid ha beaktat innehållet i de bestämmelser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen och de verkningar tillämpningen av dessa har för de anställda, som är föremål för talan i målet.

28 — Det har sålunda fastslagits att det utgör arbetsvillkor till exempel när barnledighetens början fastställs, (dom av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401, punkt 47), när målet rör varje arbetstagares rätt att årligen erhålla skriftliga betygsrapporter (dom av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault, REG 1998, s. I-2011, punkt 27), när arbetsgivaren tillhandahållit arbetstagarna barnomsorgsplatser på eller utanför arbetsplatsen (domen i det ovannämnda målet Lommers, punkt 26), när målet rör villkoren för att en arbetstagare som varit föräldraledig i utbildningssyfte skall återvända till arbetet (dom av den 27 februari 2003 i mål C-320/01, Busch, REG 2003, s. I-2041, punkt 38), deltidsarbete i syfte att underlätta för arbetstagare som uppnått en viss ålder att anpassa sig till ett aktivt liv efter pensioneringen (domarna i de ovannämnda målen Kutz-Bauer, punkt 45, och Steincke, punkterna 49 och 50), eller fastställandet av under vilken tid den årliga semesteren skall tas ut (dom av den 18 mars 2004 i mål C-324/01, Merino Gómez, REG 2004, s. I-2605, punkt 36).

42. I förevarande mål föreskrivs i nämndens ifrågavarande sjuklönebestämmelser för det första att graviditetsrelaterade sjukdomar jämföras med andra sjukdomar. För det andra fastställs där varaktigheten och värdet av lönen till de anställda vid sjukdom på så sätt att de har rätt till lön under 365 sjukdagar per fyraårsperiod. I dessa ingår 183 dagars sjukfrånvaro med lön under en tolv månadersperiod under vilka de anställda har rätt till full lön. För övrig sjukfrånvaro ersätts de med halva lönen, dock med begränsningen på 365 dagar per fyraårsperiod.

43. Förvisso medför tillämpningen av dessa bestämmelser, såsom Irlands regering, Österrikes regering, Förenade kungarikets regering och nämnden har påpekat, att arbetstagare som är arbetsoförmögna till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom bibehåller rätten till hela eller en del av sin lön under en viss tid. Det framgår vidare av fast rättspraxis att den ersättning som en arbetsgivare har att utge till en anställd under sjukfrånvaro skall anses utgöra lön i den mening som avses i artikel 141 EG.²⁹ Slutligen kan det inte förnekas att dessa bestämmelser, såsom för Margaret McKenna, kan medföra att lönen minskas för en gravid arbetstagare som är arbetsoförmögen till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom.

29 — Domarna i de ovannämnda målen Rinner-Kühn, punkt 7, och Hoj Pedersen m.fl., punkt 32.

44. Dessa överväganden motiverar enligt min mening emellertid inte att de bestämmelser som är aktuella i målet vid den nationella domstolen skall omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117. I de ifrågavarande bestämmelserna fastställs inte endast med vilket belopp som de anställda skall ersättas vid sjukfrånvaro, utan också under vilken tidsrymd sådan ersättning skall utgå. Vidare är den direkta och automatiska konsekvensen av tillämpningen av de ifrågavarande bestämmelserna för en gravid anställd som är arbetsoförmögen till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom att denna frånvaro minskar det antal dagar under vilka hon har rätt till sjukfrånvaro med lön. Vad Margaret McKenna gjort gällande avseende minskningen av hennes lön under perioden mellan den 6 juli och den 3 september 2003 och minskningen i värde och varaktighet av de sjukförmåner hon skulle ha vid en eventuell framtida sjukdom är således båda konsekvenser av att hennes frånvaro på grund av en sådan arbetsoförmåga beaktats vid fastställandet av hennes rätt till sjuklön.

45. Vidare medför, såsom kommissionen har understrukit, en tillämpning av de ifrågavarande bestämmelserna inte nödvändigtvis en minskning av den lön som en gravid kvinna som är arbetsoförmögen till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom erhåller. En sådan minskning görs endast när hon uttömt den period på 183 dagar inom en tolv månadersperiod under vilken en arbetsoförmögen arbetstagare har rätt till full lön. Således skulle Margaret McKenna i förevarande mål inte ha vidkänts någon minskning avseende perioden mellan den 6 juli och

den 3 september om hennes arbetsoförmåga under de tolv relevanta månaderna varat kortare tid än 183 dagar. Denna minskning av lönen är således endast en eventuell och indirekt konsekvens av tillämpningen av de ifrågavarande bestämmelserna. Detsamma gäller den andra skada hon åberopat, vilken består i den minskning i fråga om värde och varaktighet av de förmåner hon har rätt till för det fall att hon skulle bli sjuk under de tre följande åren. Denna skada har ingen ekonomisk betydelse om hon inte skulle bli sjuk. Även de ekonomiska verkningarna av denna minskning av rättigheterna till sjukfrånvaro med lön är således eventuella i förevarande fall.

46. Omständigheterna i förevarande mål skiljer sig således från dem i de ovan nämnda målen Rinner-Kühn och Høj Pedersen m.fl., vilka även de rörde bestämmelser om ersättning vid arbetsoförmåga. I det ovan nämnda målet Rinner-Kühn föreskrevs i de där ifrågavarande bestämmelserna sålunda att arbetstagare som var arbetsoförmögna hade rätt till bibehållen lön under sex veckor, med undantag för arbetstagare vars arbetstid enligt anställningsavtalet inte översteg tio timmar i veckan eller 45 timmar i månaden. Det ovan nämnda målet Høj Pedersen m.fl. rörde bestämmelser i vilka det föreskrevs att en gravid kvinna som var

arbetsoförmögen till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom inte hade rätt till ersättning från arbetsgivaren motsvarande hela lönen, utan till en lägre dagersättning, medan arbetstagarna vid arbetsoförmåga till följd av annan sjukdom hade rätt till ersättning motsvarande hela lönen.

vill säga deras lön i den mening som avses i artikel 141.1 och 141.2 EG.

47. Domstolen prövade i dessa två mål huruvida de där ifrågavarande bestämmelserna var diskriminerande med tillämpning av artikel 119 i EG-fördraget³⁰ och i direktiv 75/117. I dessa två mål fick emellertid de där omtvistade bestämmelserna direkta och automatiska konsekvenser för storleken av den ersättning som utgick till arbetstagarna vid sjukdom. I det ovannämnda målet Rinner-Kühn medförde således tillämpningen av de där ifrågavarande bestämmelserna att vissa arbetstagare berövades rätten till bibehållen lön vid arbetsoförmåga. På samma sätt medförde tillämpningen av bestämmelserna i det ovannämnda målet Høj Pedersen m.fl. direkt och automatiskt att arbetstagare som var arbetsoförmögna till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom erhöll lägre ersättning än de skulle ha haft om de varit arbetsoförmögna till följd av annan sjukdom. Tillämpningen av dessa bestämmelser påverkade således direkt och automatiskt storleken på den ersättning som arbetstagare erhöll vid arbetsoförmåga, det

48. Så är inte fallet i förevarande mål. Såsom jag anført ovan är den direkta och automatiska konsekvensen för gravida kvinnor av tillämpningen av de ifrågavarande bestämmelserna att deras perioder av frånvaro till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom beaktas vid bestämmande av det antal dagar sjukfrånvaro med lön som de har rätt till. Det är således förmånens varaktighet och inte värdet av denna förmån som står i centrum i förevarande mål. Antalet dagar av sjukfrånvaro med lön skall inte blandas ihop med den lön en arbetstagare erhåller vid sjukfrånvaro. Det framgår av de ifrågavarande sjuklönebestämmelsernas systematik att deras syfte är att säkerställa att de anställda vid sjukdom och arbetsoförmåga kan följa de föreskrifter som meddelas av en läkare som konstaterar deras arbetsoförmåga och behandlas samtidigt som de har kvar sin anställning hos arbetsgivaren, och kan bibehålla rätten till lön, först helt och sedan delvis. Det rör sig således om en förmån som föreskrivs i deras anställningsavtal som följaktligen utgör "arbetsvillkor" i den mening som avses i direktiv 76/207.

49. Omständigheten i förevarande mål att tillämpningen av dessa bestämmelser får ekonomiska konsekvenser för de berörda arbetstagarna medför således, enligt fast rättspraxis, inte att de med nödvändighet skall anses vara av den arten att de omfattas

30 — Artiklarna 117–120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136 EG–143 EG.

av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117.³¹ Denna rättspraxis inleddes genom domen i målet Defrenne III, som rörde en talan angående en åldersgräns för kvinnliga flygvärdinnor som var lägre än den som föreskrevs för motsvarande manlig personal. Det gjordes i det målet gällande inför domstolen att artikel 119 i fördraget skulle tillämpas i en sådan situation eftersom denna var ett uttryck för en mer allmän princip om icke-diskriminering och eftersom likalönsprincipen i denna artikel förutsatte att kvinnor hade rätt till samma anställningsvillkor som män. Domstolen godtog inte detta argument, och angav att artikel 119 var en specialregel som inte kan ges den räckvidden att den avser andra faktorer i ett anställningsförhållande än dem som uttryckligen anges, och vilka grundas på ett nära samband mellan arbetsprestationens art och lönsens storlek.³² Den omfattande utveckling på området för likabehandling mellan män och kvinnor som sedan de omständigheter som låg till grund för domen i samma mål ägt rum påverkar inte tillämpningen av denna rättspraxis.³³

50. Jag anser heller inte, till skillnad från Margaret McKenna och Italiens regering, att de ifrågavarande bestämmelserna skall anses både omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 — eftersom tillämpningen av dem medfört en minskning av hennes rätt till sjukfrånvaro med lön i framtiden — och av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117, genom att de medfört en lönesänkning till hälften avseende perioden mellan den 6 juli och den 3 september 2000.

51. Såsom kommissionen med rätta har anfört är för det första de två grunder som Margaret McKenna åberopat resultatet av tillämpningen av samma bestämmelser. De medför att hennes perioder av frånvaro till följd av graviditetsrelaterad sjukdom beaktas vid fastställandet av varaktigheten av hennes rätt till sjukfrånvaro med lön. De är således konsekvensen av samma regel, vilken blir följd av en kombinerad tillämpning av de ifrågavarande bestämmelserna, och enligt vilken en gravid kvinnas frånvaro på grund av arbetsoförmåga till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom skall frånräknas hennes rätt till sjukfrånvaro med lön, på samma sätt som frånvaro på grund av arbetsoförmåga till följd av annan sjukdom. Dessutom är, såsom ovan framhållits, den omständigheten att en gravid anställd kan få vidkännas en löne-minskning vid frånvaro till följd av sådan frånvaro en eventuell och indirekt conse-

31 — Dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne III (REG 1977, s. 1365, svensk specialutgåva, volym 4, s. 127) punkterna 19–21, och av den 30 mars 2000 i mål C-236/98, JämO (REG 2000, s. I-2189), punkt 59. Domen i det ovan nämnda målet Lommers (punkt 28) och i det ovan nämnda målet Steinicke (punkt 51).

32 — Punkterna 20 och 21 i domen.

33 — Jag vill här endast erinra om att den likabehandling av män och kvinnor som ursprungligen endast föreskrevs beträffande lön i artikel 119 i fördraget har utvidgats vid ett flertal tillfällen, bland annat genom direktiv 76/207, till olika områden som berör arbetsförhållanden och social trygghet. Den upphöjdes genom Amsterdamsfördraget till en grundläggande princip som skall iaktas vid all gemenskapens verksamhet (se artiklarna 2 EG och 3.2 EG).

kvens av tillämpningen av de ifrågavarande bestämmelserna.³⁴ Mot denna bakgrund anser jag det inte vara motiverat att anse att dessa bestämmelser utgör såväl arbetsvillkor i den mening som avses i direktiv 76/207 och lönevillkor som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117.³⁵

omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207, och inte av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117.

B — Huruvida diskriminering skall anses ha förekommit

52. Jag föreslår således att domstolen skall besvara den första och den fjärde frågan så att sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som lider av graviditetsrelaterade sjukdomar och arbetstagare som lider av annan sjukdom jämföras, på så sätt att frånvaro till följd av arbetsoförmåga på grund av graviditetsrelaterad sjukdom som inträffar under graviditeten beaktas vid fastställandet av rätten till sjukfrånvaro med lön,

53. Den nationella domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida direktiv 76/207 utgör hinder för sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som lider av graviditetsrelaterade sjukdomar och de som lider av annan sjukdom jämföras, på så sätt att sjukfrånvaro på grund av arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som inträffar under graviditeten beaktas vid fastställandet av rätten till sjukfrånvaro med lön.

34 — Omständigheterna i förevarande mål är således annorlunda än de i det ovan nämnda målet Seymour-Smith och Perez. I det målet rörde det sig om nationella bestämmelser enligt vilka arbetstagaren vid otillåten uppsägning hade rätt att återfå sitt arbete eller, om det inte var möjligt, skadestånd för otillåten uppsägning. I dessa bestämmelser föreskrevs vidare att en arbetstagare som inte varit kontinuerligt anställd under minst två år innan uppsägningen verkställdes inte hade någon sådan rätt. Domstolen slog i plenum fast att de villkor som avgör om en arbetstagare har rätt att vid ogrundad uppsägning utverka skadestånd följer av artikel 119 i fördraget. De villkor som avgör om en arbetstagare har rätt att vid ogrundad uppsägning utverka återinsättning eller återanställning följer däremot av direktiv 76/207 (punkt 41 i domen). I det målet var det således möjligt att fastslå att det fanns två skilda regler, varav den ena rörde villkoren för att återfå arbetet, och den andra rörde villkoren för att erhålla skadestånd. Dessutom var konsekvenserna av tillämpningen av den andra bestämmelsen om rätten till skadestånd direkt och automatisk.

35 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovan nämnda målen Gillespie m.fl. (punkt 24) och Gerster (punkt 24) samt dom av den 13 juli 2000 i mål C-166/99, Defreyne (REG 2000, s. I-6155), punkt 36.

54. Irlands regering, Förenade kungarikets regering och nämnden har anfört att de ifrågavarande sjuklönebestämmelserna inte är diskriminerande, eftersom fall då fråga är om arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom och fall då fråga är om arbetsoförmåga till följd av annan sjukdom enligt dessa bestämmelser behandlas lika. Enligt dem skulle Margaret McKenna önska att hennes situation reglerades genom mer förmånliga bestämmelser än de gemensamma bestämmelserna om sjukfrånvaro. En sådan förmånlig behandling är inte motiverad. Vad domstolen framhöll i domen i det ovan nämnda målet Brown om att

graviditetsrelaterad sjukdom inte kan jämföras med annan sjukdom gäller endast vid uppsägning och kan motiveras av den mycket skadliga verkan som risken att bli uppsagd kan medföra för en gravid kvinnas fysiska och psykiska hälsa. I det målet beaktade domstolen även att det i direktiv 92/85, vilket inte var tillämpligt när de i förevarande mål relevanta omständigheterna inträffade, föreskrivs ett absolut förbud mot uppsägning under graviditeten. Detta resonemang kan inte överföras till frågor om ersättning vid sjukfrånvaro, utan där skall domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Høj Pedersen m.fl. tillämpas. I det målet fastslogs att arbetstagare som drabbas av sjukdom skall behandlas lika, oavsett vad som orsakat sjukdomen.

skilja mellan fall då fråga är om kvinnor som är arbetsoförmögna till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom och fall då fråga är om kvinnor som är arbetsoförmögna till följd av annan sjukdom.

55. Irlands regering och Förenade kungarikets regering har vidare anført att ett bifall till Margaret McKennas talan skulle medföra mycket allvarliga ekonomiska konsekvenser för medlemsstaterna. Irlands regering har därvid hänvisat till tredje skälet i direktiv 92/85, där det anges att enligt artikel 118 a i EG-fördraget³⁶ får dessa direktiv inte medföra sådana finansiella hinder som försvårar etablering och utveckling av små och medelstora företag. Dessa båda regeringar har vidare gjort gällande att det i praktiken skulle vara mycket svårt att

56. Jag delar inte denna uppfattning. Jag anser, i likhet med kommissionen, Italiens regering, Österrikes regering och Margaret McKenna, att de ifrågasvarande bestämmelserna skall anses vara diskriminerande. Denna bedömning är en logisk följd av utvecklingen i rättspraxis angående likabehandling mellan kvinnor och män när det gäller gravida kvinnor. Enligt min mening är den bärande tanken i denna rättspraxis att alla former av ogynnsam behandling av en gravid arbetstagare som är relaterad till att hon är gravid utgör diskriminering på grund av kön, eftersom graviditet är ett tillstånd som av naturen bara kvinnliga arbetstagare kan befinna sig i. Skälen för denna rättspraxis har angivits i domarna i de ovannämnda målen Webb och Brown, och har upprepats i direktiv 2002/73.³⁷ Syftet med denna rättspraxis är att skydda kvinnans fysiska tillstånd

36 — Artiklarna 117–120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136 EG–143 EG.

37 — Tofte skälet.

under och efter graviditeten, genom att på alla sätt undvika att kvinnliga arbetstagare avhåller sig från att föda barn på grund av de nackdelar det skulle medföra för deras ställning och utveckling i yrkeslivet.³⁸

början och under densamma, anta erbjudanden om tjänster som skall tillsättas.⁴²

57. Denna rättspraxis utvecklades först i situationer där gravida kvinnor nekats anställning eller sagts upp av det skälet att de var gravida.

58. Domstolen slog således fast att det utgjorde en direkt diskriminering att neka en gravid kvinna anställning på den grunden att hon var gravid.³⁹ En sådan diskriminering kan således inte anses motiverad av de ekonomiska nackdelar arbetsgivaren som anställer en gravid kvinna annars drabbas av under dennas barnledighet⁴⁰ eller under hennes graviditet,⁴¹ och inte heller av bestämmelser till skydd för gravida kvinnor som hindrar dem från att, från graviditetens

59. Domstolen har vidare fastslagit att uppsägning på grund av graviditet strider mot bestämmelserna i direktiv 76/207, inte bara när arbetstagaren är tillsvidareanställd⁴³, utan också vid tidsbegränsad anställning.⁴⁴ Vidare kan inte en uppsägning motiveras av att den anställde på grund av graviditeten är lagligen förhindrad att utföra det arbete hon anställts för att utföra.⁴⁵ Den omständigheten att arbetstagaren anställts för att ersätta en annan kvinna under hennes barnledighet motiverar heller inte att hon sägs upp.⁴⁶ Även om det utgör ett väsentligt villkor för ett effektivt genomförande av anställningsavtalet att arbetstagaren står till

38 — Se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda målen Webb (punkterna 20–22) och Brown (punkterna 17 och 18).

39 — Dom av den 8 november 1990 i mål 177/88, Dekker (REG 1988, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555), punkt 12, och av den 3 februari 2000 i mål C-207/98, Mahlburg (REG 2000, s. I-549), punkt 20.

40 — I domen i det ovannämnda målet Dekker hade arbetsgivaren nekat en gravid kvinna anställning på grund av hennes tillstånd av det skälet att arbetsgivaren inte skulle komma att få någon ersättning för de dagarsättningar han skulle komma att bli skyldig att betala till henne under hennes barnledighet och att han likväl skulle komma att bli tvungen att anställa en vikarie under ledigheten.

41 — Domen i det ovannämnda målet Mahlburg, punkt 29.

42 — Ibidem, punkt 27. Silke-Karin Mahlburg, som innehade en tidsbegränsad anställning som sjuksköterska, sökte två tjänster med omedelbart tillträde inom kirurgsektionens operationsavdelning. Hon var vid ansökningsstillfället gravid. Hennes arbetsgivare beslutade att hon inte skulle få någon av dessa tjänster eftersom bestämmelserna i Mutterschutzgesetz (tysk lag om skydd för mödrar) uttryckligen förbjuder arbetsgivare att låta gravida kvinnor arbeta inom områden där de kan utsättas för farlig påverkan av skadliga ämnen.

43 — Dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657).

44 — Domar av den 4 oktober 2001 i mål C-438/99, Jiménez Melgar (REG 2001, s. I-6915), och C-109/00, Tele Danmark (REG 2001, s. I-6993).

45 — Domen i det ovannämnda målet Habermann-Beltermann. I det målet hade ett sjukvårdsbiträde som var anställd för att utföra nattvak sagts upp på grund av att hon var gravid och på grund av en bestämmelse i Mutterschutzgesetz enligt vilken nattarbete för gravida kvinnor var förbjudet.

46 — Domen i det ovannämnda målet Webb. Carole Louise Webb hade anställts för att vikariera för en anställd som var barnledig. Två veckor efter att hon börjat arbeta upptäckte hon att hon också var gravid. Underinstanserna ogillade hennes talan med motiveringen att hon inte blivit utsatt för diskriminering, eftersom hon var oförmögen att utföra den huvudsakliga arbetsuppgift för vilken hon blivit anställd, och en man som anställts i samma syfte som varit frånvarande under en jämförbar period också skulle ha blivit uppsagd.

förfogande, kan enligt domstolen inte det skydd som gemenskapsrätten garanterar en kvinna under graviditeten och efter nedkomsten anses vara beroende av om den berördas närvaro under den period som motsvarar mammaledigheten är oundgänglig för driften av det företag vid vilket hon är anställd, om inte bestämmelserna i direktiv 76/207 skall berövas sin ändamålsenliga verkan.⁴⁷

60. Detta skydd för gravida kvinnor mot ogynnsam behandling till följd av graviditeten har utvidgats till att också gälla vid graviditetsrelaterad sjukdom, vilket fastslagits i ett mål rörande uppsägning. I det ovannämnda målet Brown hade en anställds frånvaro till följd av graviditetsrelaterad sjukdom använts för att motivera att hon sades upp från anställningen med stöd av en bestämmelse i anställningsavtalet, i vilken det föreskrevs att en arbetstagare som hade en sammanhängande sjukfrånvaro under mer än 26 veckor skulle sägas upp, oavsett om det var en man eller en kvinna. Domstolen fastställde, med uttrycklig hänvisning till dess dom ett år tidigare i målet Larsson,⁴⁸ att även om graviditet inte på något sätt kan likställas med ett sjukdomstillstånd och

därigenom motivera uppsägning på samma sätt som en arbetsförmåga till följd av annan orsak, såsom domstolen fastslog i domen i det ovannämnda målet Webb, är det ändå så att graviditeten utgör en period under vilken det kan uppkomma problem och komplikationer som tvingar en kvinna att stå under strikt medicinsk övervakning och i förekommande fall iakttas total vila under hela graviditeten eller en del därav. Dessa problem och komplikationer, som kan leda till arbetsförmåga, hänger naturligt samman med graviditet och hör således till särdragen hos detta tillstånd. Den slog mot denna bakgrund fast att en uppsägning av en kvinnlig arbetstagare under graviditeten på grund av frånvaro till följd av arbetsförmåga som förorsakats av detta tillstånd har ett samband med uppkomsten av risker som naturligt hänger samman med graviditet, och den skall således anses vara grundad på graviditeten som sådan. Uppsägningen kan i ett sådant fall endast röra kvinnor och utgör således direkt diskriminering på grund av kön.⁴⁹

61. Domstolen har slutligen låtit skyddet för gravida kvinnor som är arbetsförmögna till följd av graviditetsrelaterad sjukdom omfatta

47 — *Ibidem*, punkt 26.

48 — Dom av den 29 maj 1997 i mål C-400/95 (REG 1997, s. I-2757). I den domen slog domstolen fast att vid sidan av den barnledighet som har fastställts av medlemsstaterna för att göra det möjligt för kvinnliga arbetstagare att vara frånvarande under den period som de har svårigheter, på grund av graviditet eller förlösning, och i avsaknad av nationella bestämmelser eller i förekommande fall av gemenskapsrättsliga bestämmelser som säkerställer ett särskilt skydd för kvinnor, åtnjuter en kvinnlig arbetstagare enligt direktiv 76/207 inte något särskilt skydd mot uppsägning på grund av frånvaro till följd av sjukdom som orsakats av graviditet.

49 — Punkterna 22 och 24 i domen. Domstolen uttalade emellertid att i den utsträckning som frånvaron inträffar efter mammaledigheten, omfattas sjukdomstillstånd som har förorsakats av graviditet eller förlösning av de allmänna reglerna om sjukfrånvaro. Den upprepade således den distinktion som gjordes i domen av den 8 november 1990 i mål C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (REG 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, volym 10, s. 567), punkterna 16 och 17.

även de ekonomiska verkningarna av en sådan arbetsförmåga.

grundad på graviditeten, och således anses vara diskriminerande." Den fastslog mot denna bakgrund att tillämpningen av sådana bestämmelser utgör diskriminering av kvinnliga arbetstagare, som strider mot artikel 119 i fördraget och mot direktiv 75/117.⁵⁰

62. Således hade domstolen i domen i det ovannämnda målet Høj Pedersen m.fl. att bedöma det regelsystem som var tillämpligt i målet vid den nationella domstolen där det, såsom ovan angivits, föreskrevs att en gravid kvinna som var arbetsförmögen till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom inte hade rätt till ersättning från arbetsgivaren motsvarande hela lönen, utan till en lägre dagersättning, medan arbetstagare vid arbetsförmåga till följd av annan sjukdom hade rätt till ersättning motsvarande hela lönen. Domstolens resonemang i det målet följde steg för steg resonemanget i domen i det ovannämnda målet Brown.

64. I samma mål, Høj Pedersen m.fl., var domstolen omedd att uttala sig angående bestämmelser i nationell lagstiftning, enligt vilka en arbetsgivare kan "skicka hem" en gravid kvinna från arbetet utan att betala henne full lön, när han anser att han inte kan få användning för henne i arbetet, trots att hon inte är arbetsförmögen. Domstolen fastslog, efter att ha påmint om att kvinnor och män enligt artikel 5 i direktiv 76/207 skall åtnjuta samma arbetsvillkor, att om en sådan lagstiftning uteslutande berör arbetstagare av kvinnligt kön, utgör den diskriminering, som strider mot denna bestämmelse.⁵¹ Den uttalade vidare att en sådan åtgärd inte kunde motiveras med hänvisning till bestämmelserna i direktiv 92/85, enligt vilka en arbetsgivare får förändra arbetsvillkoren för en gravid arbetstagare.

63. Domstolen anförde inledningsvis att problem och komplikationer som kan leda till arbetsförmåga hänger naturligt samman med graviditet och hör således till särdragen hos detta tillstånd. Den undersökte verkningarna av tillämpningen av de i målet ifrågavarande bestämmelserna, och angav att varje arbetstagare i princip har rätt till bibehållen full lön vid arbetsförmåga. Den uttalade därefter följande: "Den omständigheten att en kvinna, innan barnledigheten inleds, förlorar sin fulla lön när den arbetsförmåga som hon har drabbats av beror på ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten, måste i allt väsentligt anses vara

65. Jag anser således, i motsats till vad Irlands regering, Förenade kungarikets regering och nämnden har anført, att de kriterier som domstolen använt vid prövningen av

50 — Domen i det ovannämnda målet Høj Pedersen m.fl., punkterna 33–37.

51 — *Ibidem*, punkterna 51–53.

huruvida de i domen i det ovan nämnda målet Høj Pedersen m.fl. ifrågavarande bestämmelserna var diskriminerande inte skiljer sig från de kriterier som tillämpats i domen i det ovan nämnda målet Brown, vilket rörde anställningsförhållandets upprätthållande. Domstolen har enligt min mening på intet sätt angivit att skyddet för gravida kvinnor skulle vara mindre omfattande när det gäller de ekonomiska verkningarna av frånvaro till följd av graviditetsrelaterad sjukdom. Domstolen har i båda fallen tagit till utgångspunkt för sitt resonemang att graviditeten och de komplikationer som kan uppkomma under denna endast kan drabba kvinnliga arbetstagare. Den har därav dragit slutsatsen att ogynnsam behandling till följd av graviditeten eller sjukdom som beror på denna skall anses utgöra diskriminering på grund av kön.

66. Domstolen har i domen i det ovan nämnda målet Høj Pedersen m.fl. inte, vilket Irlands regering, Förenade kungarikets regering och nämnden synes anse, fastslagit att graviditetsrelaterad sjukdom hos en gravid kvinna på alla sätt skall behandlas som vilken annan sjukdom som helst när de ifrågavarande bestämmelserna gäller ersättning vid arbetsoförmåga, oberoende av konsekvenserna av en sådan tillämpning. Jag har ovan visat att domstolen tvärtom inlett med att undersöka de omtvistade bestämmelsernas innehåll och dess konsekvenser för gravida kvinnor, och därvid tillämpat samma metod för bedömningen som i frågor om anställning eller uppsägning. Domstolen har där efter konstaterat att bestämmelserna medför en ogynnsam behandling av kvinnor som

grundas specifikt på graviditeten, och dragit slutsatsen att bestämmelserna varit diskriminerande. Slutsatsen i domen i det ovan nämnda målet Høj Pedersen m.fl. att kvinnor som är arbetsoförmögna till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom skall ha rätt till samma ersättning som arbetstagare som är arbetsoförmögna till följd av annan sjukdom, måste således förstås i sitt sammanhang och tolkas med hänsyn till det eftersträvade ändamålet, som var att undanröja den diskriminering som de där omtvistade bestämmelserna medförde.

67. Såsom Margaret McKenna anfört syftar nämligen inte de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om likabehandling till att uppnå en formell likabehandling, utan en materiell sådan.⁵² För att detta syfte skall uppnås krävs det således att de praktiska konsekvenserna av tillämpningen av de i målet vid den nationella domstolen aktuella bestämmelserna beaktas. Med detta synsätt som domstolen anlagt i ovan nämnd rättspraxis framgår det att nämndens sjuklönebestämmelser är diskriminerande. Det likställande av arbetsoförmögna till följd av graviditetsrelaterad sjukdom med arbetsoförmögna till följd av annan sjukdom som gjorts i nämndens sjuklönebestämmelser medför således att frånvaro vid arbetsoför-

52 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovan nämnda målen Thibault, punkt 26, Mahlburg, punkt 26 och Gómez, punkt 37.

måga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom beaktas vid fastställandet av gravida arbetstagares rätt till sjukfrånvaro med lön. Detta utgör en ogynnsam behandling som endast drabbar kvinnor, eftersom endast de kan bli arbetsoförmögna av detta skäl. Eftersom nämndens bestämmelser på detta sätt medför en ogynnsam behandling av kvinnor i fråga om arbetsvillkor, som är grundad på kön, skall de anses utgöra en direkt diskriminering i strid med bestämmelserna i artiklarna 2.1 och 5.1 i direktiv 76/207.

anspråk på att erhålla hela den lön hon skulle ha haft om hon arbetat.⁵³ Domstolen har vidare slagit fast att enligt artikel 11 i direktiv 92/85 har en arbetstagarare under barnledigheten inte rätt till hela sin lön, utan till en ersättning som inte får vara lägre än den hon skulle haft vid frånvaro från arbetet på grund av sitt hälsotillstånd.⁵⁴

69. Denna rättspraxis och bestämmelserna i direktiv 92/85 rör emellertid endast den speciella situation som en barnledig arbetstagarare befinner sig i.⁵⁵ Enligt min mening kan inte denna rättspraxis och dessa bestämmelser motivera att ogynnsamma åtgärder till följd av graviditet vidtas innan barnledigheten inletts.

68. I motsats till vad den nationella domstolen förefaller anse, och vad Irlands regering, Förenade kungarikets regering och nämnden hävdar, motsäger den särskilda situation som barnlediga arbetstagarare befinner sig i, såsom den framgår av rättspraxis och av direktiv 92/85, inte den bedömning jag gjort. Visserligen har domstolen i domen i det ovannämnda målet Gillespie m.fl. fastslagit att en gravid kvinna som är barnledig inte är i samma situation som en arbetstagarare som faktiskt utför arbete, på så sätt att hon inte med stöd av artikel 141.1 och 141.2 EG samt direktiv 75/117 kan göra

70. Irlands regering och Förenade kungarikets regering har anfört två ytterligare skäl till varför de ifrågavarande bestämmelserna inte skall anses vara diskriminerande. Det första grundas på de ekonomiska konsekvenserna en sådan tolkning skulle medföra för arbetsgivarna, och det andra på praktiska svårigheter att upprätthålla en sådan tolk-

53 — Punkterna 17 och 22 i domen.

54 — Det skall emellertid erinras om att dessa bestämmelser inte hindrar att medlemsstaterna har bestämmelser som ger ett mer omfattande skydd (artikel 1.3 i direktiv 92/85).

55 — Domen i det ovannämnda målet Hoj Pedersen m.fl., punkt 39.

ning. Enligt min mening kan båda dessa skäl avfärdas.

graviditetsrelaterad sjukdom och andra sjukdomar.⁵⁸ Jag anser således att ekonomiska nackdelar till följd av att denna diskriminering upphör inte kan motivera dess upprätthållande.

71. När det gäller den ekonomiska börda som arbetsgivarna skulle drabbas av om denna diskriminering skulle upphöra, påminner jag om att detta skäl ofta åberopats för att motivera ogynnsam behandling av gravida kvinnor. Som ovan visats har domstolen alltid avfärdat detta skäl. Den har i fast rättspraxis slagit fast att ekonomiska nackdelar inte kan motivera en direkt diskriminering på grund av kön. I domen i det ovannämnda målet *Busch* slog domstolen fast att ekonomiska nackdelar inte kan rättfärdiga direkt diskriminering på grund av kön.⁵⁶ Det föreligger inte några skäl att i förevarande mål frånga denna rättspraxis. Irlands regering och Förenade kungarikets regering har inte anfört några omständigheter som skulle göra det möjligt att uppskatta omfattningen av de av dem åberopade ekonomiska verkningarna. Det skall vidare framhållas att enligt nuvarande rättspraxis är dessa ekonomiska verkningar begränsade till graviditeten och upphör vid barnledighetens början, eftersom sjukdomar som uppkommer efter barnledigheten enligt den distinktion som domstolen angav i domen i det ovannämnda målet *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund*, och som senare bekräfvats,⁵⁷ skall behandlas på samma sätt, utan att det görs en åtskillnad mellan

72. När det sedan gäller de praktiska svårigheterna att fastställa huruvida en arbetsoförmåga beror på graviditetsrelaterad sjukdom är inte heller detta skäl nytt. Domstolen har gjort en uttrycklig distinktion av detta slag i domen i det ovannämnda målet *Høj Pedersen m.fl.*, där den slog fast att när den löneminskning som en gravid arbetstagare som var frånvarande från arbetet innan hennes barnledighet inleddes inte orsakats av ett sjukdomstillstånd eller särskild risk för fostret som gett upphov till en arbetsoförmåga som visats genom läkarintyg, utan på grund av antingen allmänna graviditetsbesvär eller mot bakgrund av endast en medicinsk rekommendation, utan att det i något av dessa två fall är fråga om arbetsoförmåga, skulle denna inte anses orsakad av graviditeten, utan av att hon valt att inte arbeta.⁵⁹ Jag bestrider inte att denna distinktion kan vara svår att upprätthålla i vissa fall, eller att den ibland kan ge upphov till

56 — Domstolen slog i domen i det ovannämnda målet *Busch* fast att "det är etablerad rättspraxis att ekonomiska nackdelar [för arbetsgivaren] inte kan rättfärdiga diskriminering på grund av kön" (punkt 44).

57 — Domen i det ovannämnda målet *Brown*, punkt point 26.

58 — Punkt 16 i domen.

59 — Punkterna 48 och 49 i domen.

missbruk. I förevarande mål har emellertid inte anförts några detaljerade omständigheter som visar att upprätthållandet av denna distinktion skulle ge upphov till allvarliga problem i medlemsstaterna. Även denna invändning skall således lämnas utan avseende.

varo från arbetet på grund av arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommer under graviditeten.

73. Jag föreslår således att domstolen skall besvara den andra tolkningsfrågan så, att direktiv 76/207 utgör hinder för sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som lider av graviditetsrelaterade sjukdomar och arbetstagare som lider av annan sjukdom jämställs, på så sätt att frånvaro på grund av arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommer under graviditeten beaktas vid fastställandet av rätten till sjukfrånvaro med lön.

75. Svaret på denna fråga föranleder inte någon mer omfattande utredning. Artikel 5 i direktiv 76/207 förpliktar medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras. Det ankommer vidare på alla myndigheter i en medlemsstat att inom ramen för dess befogenheter säkerställa iakttagandet av gemenskapsrätten.⁶⁰ Det ankommer följaktligen på behöriga nationella myndigheter att vidta de åtgärder som behövs för att diskrimineringen i förevarande mål skall upphöra, genom att ändra de ifrågavarande sjuklönebestämmelserna på lämpligt sätt. Den nationella domstolen har inte begärt att domstolen skall precisera vilka åtgärder som krävs, och enligt min mening ankommer det heller inte på domstolen att göra det.

C — *Konsekvenser av denna diskriminering*

74. Den nationella domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida direktiv 76/207 medför ett krav på en arbetsgivare såsom nämnden att införa särskilda bestämmelser som gäller vid från-

⁶⁰ — Se, till exempel, dom av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz (REG 2004, s. I-837), punkt 20.

V — Förslag till avgörande

76. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som Labour Court ställt enligt följande:

- 1) Sjuklönebestämmelser enligt vilka arbetstagare som lider av graviditetsrelaterade sjukdomar och arbetstagare som lider av annan sjukdom jämställs, på så sätt att frånvaro på grund av arbetsoförmåga till följd av graviditetsrelaterad sjukdom som uppkommer under graviditeten beaktas vid fastställandet av rätten till sjukfrånvaro med lön, omfattas av tillämpningsområdet för 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, och inte av tillämpningsområdet för artikel 141.1 och 141.2 EG samt 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.
- 2) Direktiv 76/207 utgör hinder för sådana bestämmelser.
- 3) Det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att vidta alla nödvändiga åtgärder för att den diskriminering som sådana bestämmelser medför skall upphöra.