

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO TIZZANO

föredraget den 18 januari 2005¹

1. Europeiska gemenskapernas kommission (nedan kallad kommissionen) har den 12 december 2003 väckt talan om att domstolen i enlighet med artikel 226 EG skall pröva huruvida Storhertigdömet Luxemburg (nedan kallat Luxemburg) korrekt har införlivat rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS (nedan kallat direktiv 96/34 eller direktivet)² med de nationella bestämmelserna.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3. Genom direktiv 96/34 har gemenskapslagstiftaren genomfört ramavtalet om föräldraledighet som ingicks den 14 december 1995 mellan de allmänna branschövergripande organisationerna (UNICE, CEEP och EFS) (nedan kallat ramavtalet).³ Enligt artikel 2 i direktivet ankom det på medlemsstaterna att sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv, och således även det avtal som direktivet omfattar, senast den 3 juni 1998.

2. Kommissionen har framför allt kritiserat det förhållandet att det i de luxemburgska bestämmelser genom vilka direktivet genomförs föreskrivs att föräldraledighet ersätts av mammaledighet för det fall dessa ledigheter sammanfaller samt att föräldraledighet endast medges de föräldrar vars barn är födda sju månader efter det att införlivandefristen löpt ut.

4. Härvid skall punkt 9 i de allmänna övervägandena i ramavtalet framhållas. I denna punkt görs det skillnad mellan föräldraledighet och mammaledighet ("till skillnad från mammaledighet"). Vidare skall särskilt 2 § punkt 1 i ramavtalet framhållas.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EGT L 145, s. 4.

3 — Ramavtalet återfinns i bilagan till direktivet.

Häri anges att "... arbetstagare, kvinnor och män, genom detta avtal [ges] en individuell rätt till föräldraledighet med anledning av ett barns födelse eller vid adoption av ett barn för att vårda detta barn under minst tre månader och upp till en bestämd ålder som får vara upp till åtta år och som skall fastställas av medlemsstaterna och/eller av arbetsmarknadens parter".

7. I artikel 7.2 i samma lag föreskrivs att föräldraledigheten avbryts och ersätts av mammaledighet för det fall att en graviditet (eller en adoption av ett barn), vilken medför en rätt till mammaledighet (eller adoptionsledighet), infaller under föräldraledigheten.

8. I artikel 19 femte stycket anges att endast föräldrar till barn som är födda efter den 31 december 1998, eller vars adoptionsförfarande inletts vid behörig domstol efter den tidpunkten, har rätt att göra gällande bestämmelserna om föräldraledighet.

B — *De nationella bestämmelserna*

5. Luxemburg antog lag av den 12 februari 1999 om inrättandet av föräldraledighet och ledighet av familjeskäl (nedan kallad lagen av den 12 februari 1999)⁴ för att genomföra direktiv 96/34.

6. Av artiklarna 2 och 8 i denna lag följer att varje förälder har rätt till sex månaders föräldraledighet (vilken kan förlängas upp till tolv månader vid föräldraledighet på deltid) och under denna period erhåller en ersättning som uppgår till 272,68 euro per månad (vilken reduceras till halva beloppet vid föräldraledighet på deltid).

9. Även artikel 3.4 i den ifrågasvarande lagen bör nämnas, även om den, av skäl som det skall redogöras för senare, inte direkt är föremål för kommissionens anmärkning. I denna artikel föreskrivs att den första sexmånadersperioden av föräldraledigheten skall göras gällande av en av de två föräldrarna direkt i anslutning till mammaledigheten (eller adoptionsledigheten), om inte rättigheten skall gå förlorad. Enligt artikel 3.5 kan den andra sexmånadersperioden tas ut av den andra föräldern fram till dess att barnet har fyllt fem år.

10. Lagen av den 12 februari 1999 ändrades genom lag av den 21 november 2002.⁵

4 — Mémorial A, nr 213, av den 23 februari 1999, s. 209.

5 — Mémorial A, nr 135, av den 10 december 2002, s. 3098.

Härigenom infördes, såvitt är relevant i förevarande fall, artikel 10 sjätte stycket, vilket har följande lydelse:

artiklarna 7.2 och 19 femte stycket i lagen av den 12 februari 1999 var oförenliga med direktiv 96/34.

”[Den behöriga myndighetens] avslag på ansökan om ersättning [med anledning av föräldraledighet] hindrar inte att arbetsgivaren eventuellt beviljar föräldraledighet på de villkor som anges i [direktiv 96/34].”⁶

11. Luxemburg har i sitt svaromål hänvisat till ett lagstiftningsförslag av år 2003 som syftar till att ytterligare ändringar skall göras i den relevanta lagstiftningen. Jag anser emellertid att det inte finns någon anledning att närmare gå in på det här, då det är irrelevant av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) i förevarande fall.

II — Bakgrund och förfarande

12. Kommissionen delgav genom en formell underrättelse av den 16 maj 2001 den luxemburgska regeringen att den ansåg att

13. Genom skrivelse av den 26 juli 2001 bestred Luxemburg kommissionens påståenden.

14. Den 23 oktober 2001 meddelade kommissionen, genom en kompletterande formell underrättelse, att den ansåg att även artikel 3.6 i lagen av den 12 februari 1999 var oförenlig med gemenskapsrätten. Enligt denna artikel har mamman företrädare om båda föräldrarna inger en ansökan om föräldraledighet.

15. Luxemburg svarade genom skrivelse av den 8 januari 2002 att nämnda bestämmelse skulle ändras så att vilken förälder som ges företräde avgörs på grundval av efternamnens alfabetiska ordning. Denna ändring infördes i lagstiftningen den 21 november 2002.

16. Den 15 november 2002 avgav kommissionen ett motiverat yttrande till Luxemburg i den mening som avses i artikel 226.1 EG. Den anförde att Luxemburg hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemen-

6 — Inofficiell översättning.

skapsrätten, genom att anta artiklarna 3.6, 7.2 och 19 i lagen av den 12 februari 1999, och särskilt vad avser a) att en av föräldrarna ges företräde för det fall att båda föräldrarna inger en ansökan om föräldraledighet samtidigt, b) att föräldraledighet ersätts av mammaledighet för det fall att ledigheterna sammanfaller, c) att föräldraledighet endast medges de föräldrar vars barn är födda sju månader efter det att införlivandefristen löpt ut.

17. Genom yttrandet uppmanades Luxemburg att tillse att de luxemburgska bestämmelserna ändrades så att de var förenliga med gemenskapsrätten inom en frist på två månader från delgivandet, det vill säga senast den 15 januari 2003.

18. Luxemburg besvarade det motiverade yttrandet genom en skrivelse av den 19 maj 2003 till kommissionen. Luxemburg informerade här om de ändringar som införts i den omtvistade lagen av år 1999 genom lagen av den 21 november 2002. Även om denna svarsskrivelse skickades innan talan väcktes i förevarande mål (den 12 december 2003), hade den på grund av ett flertal misstag i den interna hanteringen inom kommissionen ännu inte nått kommissionens rättstjänst vid nämnda tidpunkt.

19. Eftersom kommissionen trots detta hade kännedom, om än endast delvis, om ändringen i artikel 3.6 i lagen av den 12 februari 1999, återkallade den anmärkningen avseende att mamman ges företräde för det fall att båda föräldrarna inger en ansökan om föräldraledighet samtidigt, medan de två andra anmärkningarna kvarstod.

20. Kommissionen angav, vid en närmare beskrivning av argumenten till stöd för nämnda anmärkningar, att lagen av den 12 februari 1999 även strider mot direktivet på grund av den bestämmelse där det anges att en av föräldrarna är skyldig att ta ut föräldraledighet i anslutning till mammaledigheten (eller adoptionsledigheten) (artikel 3.4). Kommissionen har emellertid uttryckligen angivit att denna fråga inte är föremål för förevarande talan, eftersom den inte har prövats i det administrativa förfarandet.

21. Efter föreskriven skriftväxling gavs parterna möjlighet att yttra sig vid förhandlingen den 24 november 2004.

III — Rättslig bedömning

A — Upptagande till sakprövning

22. Luxemburg har gjort gällande att talan inte kan upptas till sakprövning. Det anser

nämligen att talan saknar föremål, eftersom det eventuella fördragsbrottet inte föreligger längre tack vare de ändringar som införts i den ifrågasvarande nationella lagstiftningen genom lagen av den 21 november 2002. Dessa ändringar infördes inom den frist (den 15 januari 2003) för att anpassa sig till direktivet som angivits i det till Luxemburg riktade motiverade yttrandet, även om kommissionen underrättades härom i efterhand.

23. Den luxemburgska regeringen har vidare anfört att det, då kommissionen väckte talan vid domstolen, under alla omständigheter inte längre fanns någon anledning att göra detta, eftersom de ändringar som gjorts i den luxemburgska lagstiftningen, även om de inte delgivits i rätt tid, innebar att fördragsbrottet upphörde inom den utsatta tiden. Kommissionen, som hade förlagt svarsskrivelsen beträffande det motiverade yttrandet, har däremot även väckt talan vid domstolen trots att det står klart att det vid den tidpunkten inte förelåg något berättigat intresse av att få saken prövad. Även av detta skäl kan talan inte upptas till sakprövning.

24. I sin duplik har Luxemburg slutligen tillagt, till stöd för invändningen om rättegångshinder, att den tvåmånadersfrist som angavs i det motiverade yttrandet inte är rimlig. Det är nämligen omöjligt att på så kort tid genomföra de ändringar i lagstiftningen som kommissionen krävt.

25. Det förefaller enligt min uppfattning emellertid som om dessa invändningar med rätta har bestridits av kommissionen på grundval av domstolens fasta rättspraxis.

26. Domstolen har vid upprepade tillfällen fastställt att "förekomsten av ett fördragsbrott [skall] bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet, och domstolen skall inte beakta senare förändringar".⁷ Eftersom det i förevarande fall står klart att de nya luxemburgska bestämmelserna, även om de antagits, inte i rätt tid hade meddelats kommissionen, kan det konstateras att kommissionen "mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten" vid utgången av nämnda frist med rätta bedömde att fördragsbrott förelåg.

27. Vidare gäller enligt fast rättspraxis att kommissionens rätt att väcka talan enligt artikel 226 EG består, även när den omtvistade överträdelsen har undanröjts efter det att den frist som anges i det motiverade yttrandet har löpt ut⁸ (*a fortiori* när kommissionen, som i förevarande fall, anser att överträdelsen inte har undanröjts).

7 — Se, bland annat, dom av den 12 september 2002 i mål C-152/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-6973), punkt 15.

8 — Se dom av den 13 juni 2002 i mål C-474/99, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-5293), punkt 25.

28. Mot bakgrund av de förseningar som uppstått och de misstag som begåtts vid förmedlingen av Luxemburgs svar på det motiverade yttrandet i förevarande fall, framstår situationen som mera invecklad. Såsom kommissionen emellertid har erinrat om har domstolen klargjort att det vid bedömningen av huruvida ett fördragsbrott föreligger är irrelevant att en svarsskrivelse beträffande ett motiverat yttrande inte har beaktats.⁹ I domen i målet kommissionen mot Nederländerna anges nämligen att "[ä]ven om det under dessa omständigheter antas att domstolsförfarandet hade inletts genom att kommissionen väckte talan utan att beakta eventuella nya, rättsliga eller faktiska, omständigheter som den berörda medlemsstaten hade framfört i sitt svar på det motiverade yttrandet, skulle denna medlemsstats rätt till försvar inte ha åsidosatts. Medlemsstaten kan inom ramen för domstolsförfarandet fullt ut åberopa omständigheterna redan i sitt första svaromål. Det ankommer på domstolen att bedöma omständigheternas relevans vid prövningen av talan om fördragsbrott."¹⁰

29. Det förefaller således som om de invändningar som Luxemburg har framfört beträffande talans upptagande till sakprövning inte kan godtas.

30. Vad beträffar Luxemburgs påstående att den tvåmånadersfrist som angivits i det motiverade yttrandet inte är rimlig, skall

endast konstateras att denna grund har framställts först i dupliken och därför inte skall beaktas, eftersom den framställts för sent.

31. I sak finns det, eftersom det inte anges i fördraget, anledning att påpeka att fristen på två månader är så lång som den frist som normalt beviljas av kommissionen i motiverade yttranden riktade till medlemsstaterna.¹¹ Även om det i sig kan förefalla otillräckligt, är syftet med förfarandet i sin helhet, och inte endast med det motiverade yttrandet, att "möjliggöra för medlemsstaten ... att vidta åtgärder så att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna följs innan talan väcks vid domstolen".¹² Det motiverade yttrandet utgör endast den avslutande rättsakten i ett normalt sett långt förfarande för att medlemsstaten skall ges möjlighet att rätta sig efter kommissionens uppmaningar.

32. Vad beträffar förevarande fall skall tilläggas att det är uppenbart att den frist som anges i det motiverade yttrandet inte är så oproportionell som den luxemburgska regeringen har påstått, eftersom den har lyckats ändra de ifrågavarande bestämmelserna inom den angivna fristen. Frågan huruvida

9 — Dom av den 19 maj 1998 i mål C-3/96, kommissionen mot Nederländerna (REG 1998, s. I-3031), punkt 21.

10 — *Ibidem*, punkt 20.

11 — Dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-3207), punkt 21.

12 — Dom av den 31 januari 1984 i mål 74/82, kommissionen mot Irland (REG 1984, s. 317), punkt 13.

de ändringar som gjorts verkligen är sådana att förevarande talan nu saknar föremål sammanfaller med domstolens prövning av själva saken.

33. Mot bakgrund härav föreslår jag att talan skall upptas till sakprövning.

B — Den första grunden

34. Genom den första anmärkningen har kommissionen gjort gällande att artikel 7.2 i lagen av den 12 februari 1999, i vilken det föreskrivs att föräldraledigheten avbryts och ersätts av mammaledighet, för det fall att en graviditet (eller en adoption av ett barn), vilken medför en rätt till mammaledighet (eller adoptionsledighet), infaller under föräldraledigheten, är oförenlig med direktivet.

35. Denna bestämmelse strider, enligt kommissionen, särskilt mot principen i punkt 9 i de allmänna övervägandena i ramavtalet som anges i direktivet (se punkterna 3 och 4 ovan), enligt vilken det skall göras skillnad mellan föräldraledighet och mammaledighet.

36. I 2 § punkt 1 i ramavtalet anges att föräldraledigheten utgör en rättighet för förvärvsarbetande föräldrar som innebär att den ena av föräldrarna kan vara frånvarande från arbetet under minst tre månader och upp till dess att barnet har nått en bestämd ålder som fastställs av varje medlemsstat men som inte får överstiga åtta år.

37. Mammaledighet innebär däremot ”skydd... av mammans fysiska tillstånd [och] skydd... av det särskilda förhållandet mellan modern och barnet under den tid som följer efter graviditeten och nedkomsten för att förhindra att förhållandet störs genom den ökade belastning som ett samtidigt utövande av en yrkesverksamhet innebär”.¹³

38. Eftersom syftena med de båda ledigheterna inte överensstämmer, menar kommissionen att det är felaktigt att det i den luxemburgska lagstiftningen föreskrivs att beviljandet av mammaledighet innebär att föräldraledigheten avslutas. Detta gäller eftersom en kvinna vars föräldraledighet avbryts av att en mammaledighet inleds (före nedkomsten), på grund av en ny graviditet, vid ett senare tillfälle borde kunna göra gällande den del av föräldraledigheten som inte utnyttjats.

13 — Dom av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar (REG 2001, s. I-9383), punkt 43 och däri angiven rättspraxis.

39. Luxemburg har svarat att det befarade åsidosättandet av rätten till föräldraledighet endast kan uppstå i mycket sällsynta fall. Denna stat hävdar nämligen att en av föräldrarna enligt artikel 3.4 i lagen av den 12 februari 1999 skall ta ut föräldraledighet direkt i anslutning till mammaledigheten. Eftersom det i de allra flesta fall är mamman som gör detta, är det fysiskt sett omöjligt att hennes föräldraledighet avbryts av en mammaledighet som följer av ytterligare en graviditet. Även vid antagandet att hon skulle bli gravid direkt efter förlossningen, inleds den mammaledighet före nedkomsten som avser den nya graviditeten först efter att den ledighet rörande den första graviditeten som består av mammaledighet efter nedkomsten och den föräldraledighet som tagits ut i anslutning till denna mammaledighet har upphört.

40. Luxemburg har medgivit att om pappan i stället ansöker om föräldraledighet vid utgången av mammaledigheten, kan det inte uteslutas att mamman under en därefter följande föräldraledighet blir gravid, och följaktligen att en mammaledighet tas ut, vilket innebär att föräldraledigheten avbryts i förtid.

41. På grund av denna visserligen osannolika möjlighet har Luxemburg vidtagit åtgärder genom att, innan den frist som angivits i det

motiverade yttrandet löpt ut, anta lagen av den 21 november 2002.

42. Genom denna lag har i den tidigare lagstiftningen artikel 10 sjätte stycket införts, enligt vilken "[den behöriga myndighetens] avslag på ansökan om ersättning [med anledning av föräldraledighet] inte hindrar att arbetsgivaren eventuellt beviljar föräldraledighet på de villkor som anges i [direktiv 96/34]".

43. Härigenom har den mamma vars föräldraledighet avbryts i förtid, på grund av en mammaledighet, rätt att vid ett senare tillfälle utnyttja den del av föräldraledigheten som inte utnyttjats, för att uppnå den minimiperiod på tre månader som föreskrivs i direktivet.

44. Luxemburg har tillagt att de berörda myndigheterna gavs närmare instruktioner till och med före den ovannämnda lagstiftningsändringen. Dessa instruktioner innebar att en mamma som befinner sig i en sådan situation som kommissionen beskrivit ges möjlighet att göra gällande den föräldraledighet som inte utnyttjats, så att hon inte endast uppnår den minimiperiod på tre månader som föreskrivs i direktivet utan till

och med sex månader, såsom föreskrivs i artikel 2 i lagen av den 12 februari 1999 (tolv månader vid föräldraledighet på deltid). Dessutom utbetalas i sådana fall den ersättning som anges i artikel 8 i nämnda lag, trots att detta inte utgör ett krav i direktivet.

45. Jag medger att den luxemburgska lagstiftningen på förevarande område i sin helhet betraktad är relativt generös, men kan inte godta denna stats argument.

46. För det första anser jag inte att de är övertygande vad beträffar kommissionens anmärkningar avseende huruvida de bestämmelser som förelåg före ändringarna år 2002, och särskilt artikel 7.2 i lagen av den 12 februari 1999, är förenliga med direktiv 96/34.

47. I nämnda artikel 7.2 föreskrivs nämligen, såsom angivits ovan, att föräldraledigheten avbryts och ersätts av mammaledighet för det fall att en mammaledighet som följer av en ny graviditet infaller under en föräldraledighet avseende ett barn som redan fötts.

48. Detta innebär, vilket Luxemburg har medgivit, även om det endast rör sig om det fåtal fall i vilka den ifrågakvarande artikeln aktualiseras, att tillämpningen av artikeln medför att en mamma har rätt till en kortare föräldraledighet än de sex månader som normalt gäller enligt de luxemburgska bestämmelser genom vilka direktivet genomförts.

49. Såsom kommissionen framhöll under förhandlingen, har en medlemsstat rätt att vid genomförandet av direktivet införa en längre föräldraledighet än de tre månader som krävs enligt direktivet. Om det emellertid införs en längre föräldraledighet skall detta gälla alla som omfattas av direktivets tillämpningsområde (*rationae personae*) på samma villkor. Medlemsstaten har således inte härvid rätt att behandla dem som omfattas av direktivet olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

50. Jag anser att denna slutsats är den riktiga, eftersom icke-diskrimineringsprincipen utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som domstolen skall säkerställa iakttagandet av¹⁴ och "[m]edlemsstaterna är bundna av de villkor som följer av [dessa principer] när de genomför gemen-

14 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Rodríguez Caballero (REG 2002, s. I-11915), punkt 32. Se även dom av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes m.fl. (REG 2001, s. I-5689), punkt 129, och av den 23 november 1999 i mål C-149/96, Portugal mot rådet (REG 1999, s. I-8395), punkt 91.

skapsrättsliga bestämmelser”¹⁵. Således kan direktivet endast anses vara korrekt införlivat om den nationella lagstiftaren har iakttagit nämnda princip när den utnyttjat det utrymme för skönsmässig bedömning som den tillerkänns i direktivet.

utsträckning, [inte kan] anses som ett giltigt fullgörande av de skyldigheter som följer av fördraget”.¹⁶

51. Härav följer att i avsaknad av sakliga skäl härför, såsom är fallet i förevarande mål, hade Luxemburg inte rätt att bevilja några mammor en föräldraledighet som, även om den var längre än de tre månaderna, under alla omständigheter var kortare än de sex månader som denna stat normalt beviljar i sådana fall.

53. Mot bakgrund härav skall det prövas huruvida Luxemburg i efterhand har infört ändringar i den ifrågavarande lagstiftningen så att fördragsbrottet upphört inom den frist som angivits i det motiverade yttrandet (den 15 januari 2003). Härigenom följs samma logik som i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, och de åtgärder som vidtagits inom den frist som angivits i det motiverade yttrandet men som meddelats i efterhand skall således godtas.

52. Vad vidare beträffar de administrativa instruktioner som har nämnts ovan (punkt 44), är de säkerligen relevanta för prövningen i förevarande mål, men kan inte i sig utgöra en avgörande omständighet för att ovannämnda diskriminering skall kunna uteslutas. Detta gäller eftersom, såsom domstolen vid upprepade tillfällen har fastställt, ”enbart administrativ praxis, som till sin art är sådan att den fritt kan ändras av myndigheten och som inte offentliggörs i tillräcklig

54. Genom lagen av den 21 november 2002 har det i lagen av den 12 februari 1999 införts en bestämmelse (artikel 10 sjätte stycket) som möjliggör för en mamma vars föräldraledighet avslutas i förtid på grund av en mammaledighet, att senare vara föräldraledig ytterligare en period, så att den minimiperiod på tre månader som föreskrivs i direktivet uppnås.

55. Den luxemburgska lagstiftningen är trots detta inte helt förenlig med direktivet och de gemenskapsrättsliga principerna, eftersom

15 — Domen i det ovannämnda målet Rodríguez Caballero, punkt 30. Se även dom av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson m.fl. (REG 2000, s. I-2737), punkt 37, och av den 24 mars 1994 i mål C-2/92, Bostock (REG 1994, s. I-955), punkt 16.

16 — Se, bland annat, dom av den 17 januari 2002 i mål C-394/00, kommissionen mot Irland (REG 2002, s. I-581), punkt 11, och av den 11 november 1999 i mål C-315/98, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-8001), punkt 10.

den kan medföra diskriminering i vissa situationer.

mammaledighet innebär att en föräldraledighet avbryts i förtid kan inte godtas.

56. Enligt de nya bestämmelserna har alla pappor och de mammor vars föräldraledighet inte avbryts i förtid av att en mammaledighet inleds, på grund av en ny graviditet, rätt till sex månaders föräldraledighet med ersättning. Däremot har de mammor vars föräldraledighet avbryts i förtid av att en mammaledighet inleds, på grund av en ny graviditet, endast möjlighet att utnyttja en kortare föräldraledighet under vilken de inte fullt ut erhåller ersättning. De har nämligen endast rätt att göra gällande så lång tid av den icke utnyttjade föräldraledigheten som krävs för att den minimiperiod på tre månader som föreskrivs i direktivet skall uppnås och erhåller ingen ersättning under denna del av föräldraledigheten.

57. Även om man beaktar den senaste lagstiftningen kan det, mot bakgrund av vad som ovan (punkt 49 och följande punkter) anförts avseende icke-diskrimineringsprincipen, konstateras att direktivet inte korrekt har införlivats med den luxemburgska lagstiftningen.

58. Luxemburgs ovannämnda resonemang avseende att det är föga sannolikt att en

59. Det står klart att dessa fall är sällsynta och det gäller desto mer mot bakgrund av att enligt artikel 3.4 i lagen av den 12 februari 1999 en av föräldrarna är tvungen att ta ut föräldraledighet direkt i anslutning till mammaledigheten. Om det, såsom i de flesta fall, är mamman som gör detta avbryts hennes föräldraledighet i förtid av att en mammaledighet inleds, på grund av en ny graviditet, endast i de sällsynta fall där den nya graviditeten inleds inom en mycket kort tid efter förlossningen.

60. Bortsett från att det är tveksamt huruvida denna bestämmelse är förenlig med direktivet, och att den inte är aktuell i förevarande fall endast på grund av att den inte ifrågasatts under det administrativa förfarandet (se ovan punkt 20), skall det påpekas att det inte har någon betydelse för bedömningen av huruvida det fördragsbrott som kommissionen har gjort gällande föreligger, utan endast för omfattningen av följderna av fördragsbrottet.

61. Såsom domstolen har klargjort är emellertid omfattningen av följderna av ett fördragsbrott inte relevant vid bedömningen av huruvida fördragsbrott föreligger: "[ä]ven

om det antas att ... det är styrkt att underlåtenhet[en] att uppfylla ... skyldigheter[na] inte orsakade någon skada, skall det erinras om att en underlåtenhet att uppfylla skyldigheter som följer av en gemenskapsrättslig bestämmelse i sig utgör ett fördragsbrott och att det saknar betydelse att denna underlåtenhet inte har medfört några negativa följder".¹⁷

62. Jag drar härvid följaktligen slutsatsen att direktivet inte har införlivats korrekt genom artikel 7.2 i lagen av den 12 februari 1999 och att lagen av den 21 november 2002 inte har avhjälpt denna brist. Jag föreslår därför att domstolen bifaller talan på den första grunden.

C — Den andra grunden

63. GeGenom Genom den andra anmärkningen har kommissionen gjort gällande att artikel 19 femte stycket i lagen av den 12 februari 1999, i vilket det anges att endast föräldrar till barn som är födda efter den 31 december 1998 (eller vars adoptionsförfarande inletts vid behörig domstol efter

den tidpunkten) har rätt till föräldraledighet, strider mot artikel 2.1 i direktivet där det föreskrivs att direktivet skall införlivas senast den 3 juni 1998.

64. Det skall preciseras att kommissionens anmärkning inte i första hand avser den omständigheten att Luxemburg har valt en annan tidpunkt som utgångspunkt för rätten till föräldraledighet än vad som föreskrivs i direktivet (den 31 december 1998 i stället för den 3 juni 1998). Den avser i stället huvudsakligen det villkor som föreskrivs för att få den rätten, det vill säga att Luxemburg beviljar föräldraledighet endast till föräldrar vars barn är födda efter den ifrågasvarande tidpunkten.

65. Kommissionen har nämligen gjort gällande att det i direktivet föreskrivs att nämnda rättighet skall tillerkännas alla föräldrar till barn upp till en viss ålder (som skall fastställas av medlemsstaterna och som får vara upp till åtta år; i Luxemburg är åldersgränsen fem år), *oberoende av om de är födda före eller efter utgången av den frist som föreskrivits för direktivets införlivande*. Luxemburg borde således bevilja föräldraledighet även till alla de föräldrar vars barn är födda före den 3 juni 1998, men som inte har fyllt fem år vid tidpunkten för ansökan om ledighet.

17 — Dom av den 27 november 1990 i mål 209/88, kommissionen mot Italien (REG 1990, s. I-4313), punkt 14. "[F]astställelsen av en medlemsstats fördragsbrott [har nämligen] inte något samband med frågan om detta har vällat skada" (dom av den 18 december 1997 i mål C-263/96, kommissionen mot Belgien, REG 1997, s. I-7453, punkt 30). Av detta följer att "[e]n medlemsstat [således inte] kan åberopa den omständigheten att avsaknaden av åtgärder för att införliva ett direktiv inte har haft någon skadlig inverkan på ... sagda direktiv" (ibidem).

66. Luxemburg har svarat att barnets ålder inte utgör grund för rätten till föräldraledig-

het, utan i stället att barnets födsel gör det. Detta framgår tydligt av de engelska och tyska språkversionerna av 2 § första stycket i ramavtalet.¹⁸

67. Vidare har Luxemburg anfört att kommissionens resonemang medför att direktivet skall tillämpas på föräldrar till barn som är födda före utgången av den frist som föreskrivits för direktivets införlivande, vilket innebär att direktivet ges retroaktiv verkan. Detta är emellertid rättsstridigt eftersom det i fast rättspraxis har fastställts att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna inte har sådan verkan, bortsett från de undantagsfall där det av ordalydelsen tydligt framgår att det är lagstiftarens avsikt.¹⁹

68. I förevarande fall är lagstiftarens avsikt enligt Luxemburg en annan, vilket framgår av olika textavsnitt i ramavtalet och direktivet, och särskilt av tionde skälet i direktivet, enligt vilket "..... ramavtal [innehåller] minimikrav för föräldraledighet och ... överlåter till medlemsstaterna ... att fastställa villkoren för tillämpning av föräldraledig-

heten, så att rådande förhållanden inklusive dem som gäller för familjepolitiken i varje medlemsstat beaktas, särskilt vad gäller villkoren för beviljande av föräldraledighet och utnyttjande av rätten till föräldraledighet".

69. Detta motiverar enligt Luxemburg det "progressiva" införandet av föräldraledigheten i denna stat. Om även föräldrar till barn som är födda före den 31 december 1998 (eller egentligen, såsom det har redogjorts för i punkterna 63 och 64, före den 3 juni 1998) skulle ha beviljats föräldraledighet, hade det uppstått en rad praktiska svårigheter vid genomförandet av direktivet. Det skulle nämligen ha varit nödvändigt att i varje enskilt fall fastställa om de ifrågavarande föräldrarna tidigare hade beviljats någon ledighet av de andra slag som det har redogjorts för ovan avseende samma barn.

70. På denna punkt delar jag inte den uppfattning som Luxemburg företräder. Det har tidigare fastställts att "tillämpningssvårigheter som uppkommer vid genomförandet av en gemenskapsrättsakt inte kan rättfärdiga att en medlemsstat underlåter att uppfylla sina skyldigheter".²⁰ Att det krävs

18 — Där anges "on the grounds of the birth" respektive "im Fall der Geburt".

19 — Luxemburg har bland annat åberopat dom av den 11 juli 1991 i mål C-368/89, Crispoltoni (REG 1991, s. I-3695), punkterna 17 och 20.

20 — Dom av den 9 mars 2004 i mål C-314/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2004, s. I-0000), punkt 5. Se även dom av den 7 februari 1979 i mål 128/78, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1979, s. 419), punkt 10, av den 19 februari 1991 i mål C-374/89, kommissionen mot Belgien (REG 1991, s. I-367), punkt 10, och av den 23 mars 2000 i mål C-327/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-1851), punkt 21.

omfattande åtgärder för att genomföra direktivet (se föregående punkt), innebär följaktligen inte att Luxemburg befrias från sina åligganden.

71. Sedan detta klargjorts, skall den centrala frågan i förevarande fall, det vill säga huruvida rätten till föräldraledighet grundas på barnets födsel eller barnets låga ålder och dess behov av vård som följer därav, utredas.

72. Såsom Luxemburg har understrukit, följer det visserligen av ordalydelsen i ramavtalet som återfinns i bilagan till direktivet att rätten till föräldraledighet beviljas med anledning av ett barns "födelse". Det skulle vara svårt att föreställa sig motsatsen, mot bakgrund av att denna rättighet existerar endast i den mån som ett barn har kommit till världen. Enligt min uppfattning innebär detta emellertid inte att grunden för rättigheten består i själva födseln, som enskild företeelse betraktad. Däremot anser jag det stå klart, och det framgår för övrigt tydligt av den ovannämnda 2 § första stycket i ramavtalet som återfinns i bilagan till direktivet, att nämnda grund består i behovet att säkerställa värden av barn i låg ålder och således i avsikten att möjliggöra för föräldrarna att ägna sig åt barnet, uppenbarligen efter att det har fötts och under den tidsperiod som anses nödvändig härför.

73. Om så är fallet, följer det härav även att kommissionens resonemang inte innebär att direktivet ges retroaktiv verkan, utan att direktivet tillämpas i enlighet med den princip, som framgår av domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken "en ny regel ... omedelbart [är] tillämplig på de framtida verkningarna av en situation som har uppkommit under den gamla regelns giltighetstid"²¹, och således tillämpas "på pågående situationer"²². I förevarande fall rör det sig om de pågående situationer som avgörs av barnets låga ålder och behovet att vårda barnet.

74. Jag anser således att, av de två resonemang som det har redogjorts för, kommissionens resonemang överensstämmer bäst med syftet med direktivet. Övriga medlemsstater förefaller vara av samma uppfattning, om det stämmer, såsom kommissionen har angivit, att de samtliga har följt detta resonemang.

75. Luxemburg har emellertid även framställt andra invändningar mot talan. För det första har det framhållit artikel 3.4 i lagen av den 12 februari 1999 (vilken inte är föremål för förevarande talan, se punkterna 20 och 60

21 — Dom av den 29 januari 2002 i mål C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer (REG 2002, s. I-1049), punkt 50.

22 — Ibidem, punkt 51.

ovan), enligt vilken den första föräldraledigheten skall göras gällande av en av föräldrarna direkt i anslutning till mammaledigheten, om inte rättigheten skall gå förlorad.

76. Enligt den luxemburgska regeringen innebär denna bestämmelse att det är omöjligt att bevilja föräldraledighet till föräldrar vars barn är födda före den 31 december 1998 (med andra ord före den tidpunkt som fastställts i artikel 19 femte stycket i lagen av den 12 februari 1999). Med tillämpning av denna bestämmelse skulle nämligen en av föräldrarna till ett barn som är fött, exempelvis den 1 januari 1998 ha ansökt om föräldraledighet under våren samma år, med andra ord vid utgången av mammaledigheten. Om detta inte gjorts, går rättigheten oåterkalleligen förlorad.

77. Som en följd av den lösning som den luxemburgska lagstiftaren har valt, skall även den förälder nekas föräldraledighet som ansöker om den andra föräldraledigheten och således kan inge ansökan vid vilken tidpunkt som helst, under förutsättning att barnet inte har fyllt fem år. Härav följer att, även oberoende av huruvida artikel 3.4 i lagen av den 12 februari 1999 är förenlig med direktivet, har Luxemburg åtminstone underlåtit att uppfylla sina skyldigheter i detta avseende, eftersom det, om barnet är fött före den 31 december 1998 (*rectius* den 3 juni 1998) inte ens beviljar föräldraledighet till den förälder som inte är bunden av denna bestämmelse.

78. Luxemburg har slutligen gjort gällande att fördragsbrottet har upphört genom införandet av artikel 10 sjätte stycket i lagen av den 12 februari 1999 (genom lagen av den 21 november 2002, det vill säga inom den frist som angivits i det motiverade yttrandet), tack vare att det i denna bestämmelse anges att föräldrar till barn som är födda före utgången av fristen för införlivande av direktivet omfattas av den minimiperiod på tre månader som föreskrivs i direktivet.

79. Av ordalydelsen i nämnda bestämmelse framgår emellertid endast att "[den behöriga myndighetens] avslag på ansökan om ersättning [med anledning av föräldraledighet] hindrar inte att arbetsgivaren eventuellt beviljar föräldraledighet på de villkor som anges i [direktiv 96/34]".

80. Härav följer att föräldrar till barn under fem år som är födda före den 31 december 1998 endast har rätt till föräldraledighet utan ersättning och endast under tre månader, vilket motsvarar den minimiperiod på tre månader som föreskrivs i direktivet. Däremot har föräldrar till barn under fem år som är födda efter nämnda tidpunkt rätt till föräldraledighet med ersättning under sex månader.

81. Vad som har angivits ovan beträffande icke-diskrimineringsprincipen med avseende på den första grunden (se ovan punkt 49 och följande punkter) är relevant även i detta

avseende. Det kan med andra ord konstateras att direktivet inte har införlivats korrekt med den luxemburgska lagstiftningen (se ovan punkt 57).

IV — Rättegångskostnader

82. Jag anser således att talan kan bifallas även på den andra grunden.

83. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att talan skall bifallas i sin helhet.

84. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Storhertigdömet Luxemburg skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Storhertigdömet Luxemburg har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

V — Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen skall fastställa att:

”1) Storhertigdömet Luxemburg har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, genom att föreskriva att en mammaledighet som infaller under en föräldraledighet innebär att den senare ledigheten avbryts och genom att rätten till föräldraledighet begränsas till föräldrar vars barn är födda efter den 31 december 1998.

2) Storhertigdömet Luxemburg skall ersätta rättegångskostnaderna.”