RETSMØDERAPPORT
i sag C-179/88 *

I — Retlig baggrund

A — *Direktiv 76/207/EØF*

Med Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 (EFT L 39, s. 40) tilsigtes i henhold til dets artikel 1, stk. 1, gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, forfremmelse, erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår.

I direktivets artikel 2, stk. 1, er princippet om ligebehandling defineret således, at der ikke må finde nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

I samme artikels stk. 3 hedder det imidlertid, at direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

I direktivets artikel 5, stk. 1, præciseres det, at det således definerede princip om ligebehandling omfatter arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår.

Endelig bestemmer direktivets artikel 9, stk. 1, første pkt., at medlemsstaterne iværksætter de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er nødvendige for at efterkomme direktivet, inden tredive måneder efter dets meddelelse, dvs. regnet fra den 12. februar 1976; ovennævnte bestemmelser skulle derfor være udstedt senest den 12. august 1978.

B — *National ret*

Direktivet gennemførtes i dansk ret ved lov nr. 161 af 12. april 1978 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (ligebehandlingsloven) og lov nr. 162 af 12. april 1978 om ændring af forskellige bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

Ligebehandlingsloven trådte i kraft den 1. juli 1978.

De bestemmelser i loven, der er relevante i den foreliggende sag, er § 1, stk. 1 og 2, § 4 og § 8, som er sålydende:

* Processprog: dansk.

»*§ 1*

1. Ved ligebehandling af mænd og kvinder forstås i denne lov, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grund af køn. Dette gælder både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling, navnlig under henvisning til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

2. Loven er ikke til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder, navnlig i forbindelse med graviditet og fødsel.

§ 4

Enhver arbejdsgiver, der beskæftiger mænd og kvinder, skal behandle dem lige, for så vidt angår arbejdsvilkår. Dette gælder også ved afskedigelse.

§ 8

Personer, hvis rettigheder er krænkede ved overtrædelse af §§ 2-5, kan tilkendes en godtgørelse.«

II — Faktiske omstændigheder og skriftveksling

Den 15. juli 1982 blev Birthe Vibeke Hertz ansat på deltid som kasserer og ekspedient hos Aldi Marked.

I juni 1983 fødte hun et barn efter et kompliceret svangerskab, hvorunder hun efter aftale med sin arbejdsgiver blev sygemeldt.

Efter udløbet af sin barselorlov, som i henhold til den danske lov om barselorlov er på 4 uger fra det tidspunkt, da der skønnes at være 4 uger til fødslen, og 24 uger efter fødslen, genoptog hun i slutningen af 1983 sit arbejde, og havde ikke på ny sygefravær før i juni 1984.

I perioden fra juni 1984 til og med juni 1985 var hun sygemeldt i 100 arbejdsdage.

Ved skrivelse af 27. juni 1985 blev hun opsagt med det hende efter funktionærloven tilkommende varsel på 4 måneder. Aldi Marked har senere oplyst, at årsagen til opsigelsen var hendes fravær, og at det er normal praksis, at medarbejdere afskediges ved megen sygdom.

Der er mellem parterne enighed om, at årsagen til Birthe Hertz' fravær i perioden de fra juni 1984 til og med juni 1985 er komplikationer på grund af fødslen i juni 1983.

Ved dom af 14. august 1987 afsagde Sø- og Handelsretten i København dom om frifindelse i den af Birthe Hertz anlagte sag til prøvelse af afskedigelsen, hvorunder hun bl. a. gjorde gældende, at afskedigelsen var i strid med ligebehandlingslovens § 1 og § 4.

Birthe Hertz appellerede dommen til Højesteret. Under appelsagen har hun alene henvist til ligebehandlingsloven. For Højesteret drejer sagen sig om, hvorvidt Aldi Markeds afskedigelse af Birthe Hertz er i strid med ligebehandlingslovens § 1, stk. 1, og § 4, således at der i medfør af lovens § 8 tilkommer hende en godtgørelse i anledning af afskedigelsen.

For Højesteret har Birthe Hertz gjort gældende, at afskedigelsen er i strid med forbuddet mod indirekte forskelsbehandling i ligebehandlingslovens § 1, stk. 1, 2. pkt. Hun har herved henvist til en udtalelse af 22. december 1986 afgivet af Ligestillingsrådet, der blev oprettet ved lov i 1978 og har til opgave at fremme ligestillingen mellem mænd og kvinder i samfundet, ligesom det afgiver udtalelser efter loven om ligebehandling. Ligestillingsrådet fandt det heri tvivlsomt, om en afskedigelse på grund af sygdomsfravær, som skyldes en af en fødsel forårsaget bækkenløsning, er i overensstemmelse med bl. a. ligebehandlingsloven.

Indstævnte har først anført, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn ikke gælder i et tilfælde som det foreliggende, hvor afskedigelsen er sket med henvisning til et sygefravær, som ligger mere end et år efter fødslen, uanset at sygdommen skyldes komplikationer i forbindelse med fødslen. Aldi Marked har herved henvist til Finansministeriets cirkulære nr. 155 af 3. oktober 1984 om barselorlov mv., hvis synspunkter er gentaget i Arbejdsministeriets skrivelse af 20. september 1985, som er omtalt i Ligestillingsrådets ovennævnte udtalelse af 22. december 1986. I cirkulæret hedder det, at når der skal træffes afgørelse om eventuel afsked på grund af sygdom, medregnes fravær i perioden efter udløbet af den i lov om barselorlov hjemlede fraværsperiode normalt i antallet af sygedage, når den ansatte er sygemeldt, enten på grund af graviditet og barsel eller anden sygdom.

Aldi Marked har endvidere anført, at spørgsmålet om, hvilken beskyttelse der tilkommer kvinder i forbindelse med graviditet og fødsel, er reguleret i loven om barselorlov, som i § 3 udtømmende gør op med spørgsmålet om afsked på grund af graviditet og fødsel. Loven må anses som en særlig beskyttelse af kvinder i henhold til artikel 2, stk. 3, i Rådets direktiv 76/207/EØF, hvorefter det er overladt til medlemsstaterne at fastlægge omfanget af beskyttelsen.

Højesteret fandt, at sagen rejser problemer vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 76/207/EØF, som kan have betydning for fortolkningen af den danske gennemførelseslov; ved beslutning af 30. juni 1988 forelagde Højesteret derfor i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Omfatter bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EØF), afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom,

der er forårsaget af graviditet eller fødsel?

Under forudsætning af, at spørgsmål 1 besvares bekræftende, ønskes yderligere følgende spørgsmål besvaret:

2) Gælder beskyttelsen mod afskedigelse som følge af en af graviditet eller fødsel forårsaget sygdom uden tidsbegrænsning?«

Forelæggelsesbeslutningen er registreret på Domstolens Justitskontor den 4. juli 1988.

I medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af appellanten i hovedsagen, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Birthe Vibeke Hertz, ved advokat L. S. Andersen, Århus, af indstævnte i hovedsagen, Dansk Arbejdsgiverforening som mandatar for Aldi Marked, ved advokat J. P. Buhl, København, af Det Forenede Kongeriges regering ved J. A. Gensmantel, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, af den italienske regering ved avvocato dello Stato P. G. Ferri, og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved I. Langermann, Kommissionens Juridiske Tjeneste.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen den 7. juni 1989 besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har dog opfordret parterne til at besvare et spørgsmål og i medfør af artikel 21, stk. 2, i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen anmodet den danske regering om at tilstille Domstolen Ligestillingsrådets udtalelse af 22. december 1986 samt Arbejdsministeriets skrivelse af 20. september 1985, som er omtalt i udtalelsen.

III — Sammenfatning af de skriftlige indlæg for Domstolen

Første spørgsmål

Appellanten i hovedsagen, HK, den italienske regering og Kommissionen samt, på visse nærmere betingelser, den britiske regering har foreslået, at det første spørgsmål besvares bekræftende, mens spørgsmålet ifølge indstævnte i hovedsagen, DA, må besvares benægtende.

a) *Appellanten i hovedsagen, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark,* har bemærket, at fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom ikke kan føre til afskedigelse, uden at en sådan afskedigelse vil være i strid med artiklerne 2 og 5 i direktiv 76/207 og de hertil svarende gennemførelsesbestemmelser i ligebehandlingsloven, dvs. § 1, stk. 1, og § 4.

HK har herved henvist til, at Ligestillingsrådet i en udtalelse af 22. december 1986 for det første anførte, at det ikke deler Arbejdsministeriets synspunkt, hvorefter der ikke efter ligebehandlingslovens regler ydes nogen beskyttelse mod afskedigelse på grund af sygdom udviklet under eller i forbindelse med graviditet eller fødsel, når den lovhjemlede barselsperiode er udløbet; Ligestillings-

rådet anførte videre, at forbuddet mod afskedigelse på grund af graviditetsbetinget sygdom principielt må finde anvendelse uanset sygdommens varighed, idet ligebehandlingsprincippet ikke tidsmæssigt kan være begrænset af det enkelte lands — i denne relation tilfældige — tidsmæssige rammer for barselorlov.

HK har understreget, at den beskyttelse, der tilsigtes med direktivets artikel 2, stk. 1, har samme omfang som beskyttelsen efter ligebehandlingslovens § 1, stk. 1, selv om sidstnævnte bestemmelse tillige udtrykkeligt nævner graviditet på linje med ægteskabelig og familiemæssig stilling.

Ifølge HK er den omstændighed alene udtryk for det særlige behov for beskyttelse, der ligger i forbindelse med graviditet, hvilket behov også er fremhævet i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207/EØF.

b) *Indstævnte i hovedsagen, Dansk Arbejdsgiverforening,* har først anført, at artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF ikke omfatter afskedigelse som følge af fravær, der skyldes en sygdom, som er forårsaget af graviditet eller fødsel.

Ifølge DA fastslår de nævnte bestemmelser alene et overordnet princip om ligebehandling. Princippet kan således påberåbes ved enhver afskedigelse, men der er ikke ubetinget tale om en tilsidesættelse af det, blot fordi der kan konstateres en sammenhæng mellem en afskedigelse og graviditet eller fødsel. De regler, der skal regulere sådanne situationer, må udarbejdes på nationalt plan og i overensstemmelse med nævnte princip. Ifølge DA tager direktivet i øvrigt ikke sigte på at regulere den nærmere udformning af de nationale regler, idet det er kendetegnende, at direktivet ikke indeholder positive anvisninger på, hvorledes ligebehandlingsprincippet skal gennemføres. Dette fremgår såvel af dets forarbejder som af optagelsen af direktivets artikel 2, stk. 3.

DA har endvidere anført, at selv om det måtte antages, at de omhandlede direktivbestemmelser medfører, at der i de enkelte medlemsstater skal gælde bestemte, positive beskyttelsesregler for kvinder i forbindelse med graviditet og fødsel, kan bestemmelserne ikke strækkes så vidt, at den i det første spørgsmål omhandlede situation er omfattet.

Ifølge DA viser optagelsen af direktivets artikel 2, stk. 3, at dets sigte vel har været at åbne mulighed for at indføre særlige bestemmelser, men at man ikke har villet give retningslinjer for den nærmere udformning af sådanne bestemmelser.

DA har anført, at forklaringen herpå — som fremhævet af Kommissionen og Det Økonomiske og Sociale Udvalg i forarbejderne til direktiv 76/207/EØF — er, at kun gennem en ændring af arbejdsgivernes generelle indstilling over for kvindelige arbejdstagere vil det overordnede ligestillingsprincip bedst muligt kunne nyde fremme, og at gennemførelsen af særlige beskyttelsesregler i henhold til artikel 2, stk. 3, kan stille sig afgørende i vejen for den ønskelige og positive udvikling i arbejdsgivernes indstilling over for kvindelige arbejdstagere.

DA har således understreget, at da der ikke ved direktivets udstedelse er foretaget den nødvendige afvejning mellem på den ene side den bedst mulige beskyttelse af barslende kvinder og på den anden udviklingen i arbejdsgivernes for ligebehandlingen så afgørende indstilling til kvindelige arbejdstagere, er gennemførelsen og udformningen af positive beskyttelsesforanstaltninger, hvorved en sådan afvejning foretages, efter direktivet overladt til de nationale lovgivere.

Bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, kan således alene udstrækkes til at omfatte afskedigelse som følge af fravær, der skyldes en sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel, efter en nøje afvejning af ovennævnte to hensyn.

For så vidt angår fravær, der falder forud for udløbet af barselorlovsperioden, er afvejningen foretaget i kraft af de enkelte medlemsstaters regler om barselorlov.

Er der ikke foretaget en sådan selvstændig afvejning med hensyn til fravær efter barselorlovsperiodens udløb, kan direktivet ifølge DA ikke føre til, at de nationale beskyttelsesregler udstrækkes til dette område, uden at den igangværende udvikling i arbejdsgivernes holdning over for kvindelige arbejdstagere derved hæmmes.

Efter *DA*'s opfattelse fremmes direktivets ligebehandlingsprincip således bedst muligt, såfremt det overlades til national ret at udforme beskyttelsen mod afskedigelse som følge af fravær, der skyldes en sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel.

c) *Den italienske regering* har understreget, at såfremt arbejdsgiverens mulighed for at afskedige en ansat som følge af et betydeligt sygdomsfravær også omfatter en kvindelig arbejdstager, der rammes af sygdom, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, vil en sådan kvindelig arbejdstager kunne miste sin stilling på grund af en omstændighed, moderskabet, som i sagens natur er særegen og karakteristisk for kvinder.

Ifølge den italienske regering kan det ikke heroverfor gøres gældende, at beskyttelsen af kvindelige arbejdstagere i forbindelse med moderskab er udtømmende reguleret i de nationale bestemmelser, der er udstedt i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, og som regulerer spørgsmålet om fravær fra arbejde og orlov før og efter fødslen af en varighed, som er forskellig i de enkelte medlemsstater.

Disse lovgivninger indeholder regler, der regulerer retsstillingen i forbindelse med moderskab ud fra de fysiologiske aspekter omkring graviditet og fødsel og forfølger et socialt formål, nemlig beskyttelse af gravide, som ikke er sammenfaldende med hensynet til ligebehandlingen af mænd og kvinder; efter de nationale bestemmelser ses der endog bort fra det nævnte princip med hensyn til barselorlov.

Efter den italienske regerings opfattelse må direktivets artikel 5 således nødvendigvis gælde, når der er tale om en regel om afskedigelse, hvis anvendelse kan medføre forskelsbehandling af kvinder. I den foreliggende sag er der således tilsyneladende mu-

lighed for, at der sker en forskelsbehandling i tilfælde af afskedigelse på grund af arbejdstagerens sygdom, idet en kvindelig arbejdstager i højere grad er udsat for at miste sit arbejde, og dette kan ske på grund af sygdom, som udelukkende rammer kvinden i tilfælde af moderskab.

d) Ifølge *den britiske regering* kræver direktivets artikel 5, stk. 1, sammenholdt med dets artikel 2, stk. 1, at en kvinde, der er fraværende fra arbejde på grund af sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, ikke behandles ringere end en mand ville blive behandlet i tilfælde af sygdomsfravær.

Hvis en arbejdsgiver i en sådan situation afskediger en kvinde, mens han ikke ville have afskediget en mand, som har været sygemeldt i 100 arbejdsdage i løbet af et år, vil behandlingen af kvinden være i strid med princippet om ligebehandling.

Den britiske regering har understreget, at selv om direktiv 76/207/EØF ikke rækker videre, kan der imidlertid i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, i medlemsstaterne gælde bestemmelser, som særlig beskytter kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab. Efter nævnte artikel kan der således i medlemsstaterne gælde bestemmelser, hvorefter en arbejdsgiver ikke kan afskedige en kvinde, såfremt afskedigelsen er en følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel. Hvis der imidlertid i en medlemsstat ikke findes sådanne bestemmelser, kræves det ikke efter direktivet, at de indføres.

e) *Kommissionen* har indledningsvis knyttet bemærkninger til direktivets opbygning, herunder til dets artikel 2, stk. 3, og anført, at nævnte bestemmelse ikke er af betydning i den foreliggende sag, og videre bemærket, at det relevante spørgsmål er, om der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, jf. direktivets artikel 2, stk. 1; efter Kommissionens opfattelse synes det rimeligt at antage, at Birthe Hertz' fravær er forårsaget af sygdom og ikke af graviditet og moderskab.

Kommissionen har fastslået, at afskedigelsen af Birthe Hertz er baseret på en intern regel om, at arbejdstagere, som er meget fraværende på grund af sygdom, afskediges. Ifølge Kommissionen er en sådan regel ikke omfattet af direktivets forbud mod direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, idet reglen er baseret på et kønsneutralt kriterium, nemlig megen fravær på grund af sygdom.

Med hensyn til spørgsmålet om direktivets forbud mod indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn har Kommissionen med henvisning til dommene af 31. marts 1981, Jenkins (sag 96/80, Sml. s. 911) og af 13. maj 1986, Bilka-Kaufhaus (sag 170/84, Sml. s. 1607) anført, at afgørelsen af, om der foreligger en sådan forskelsbehandling, må træffes på grundlag af følgende tre kriterier:

1) fastlæggelse af den pågældende bestemmelse, kriterium eller praksis

2) undersøgelse af, om kriteriet rammer et langt større antal kvinder end mænd; det påhviler den afskedigede at skabe formodning herfor

3) i så fald skal det bedømmes, om arbejdsgiveren er i stand til at bevise, at det pågældende kriterium ikke desto mindre kan forklares ved andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn, i hvilken forbindelse det må undersøges, om de midler, arbejdsgiveren har valgt, er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov og er egnede og nødvendige med henblik på at opnå det mål, den forfølger.

Den nationale retsinstans er enekompetent til at afgøre, om der herefter foreligger indirekte forskelsbehandling i den foreliggende sag. Til brug for dens afgørelse har Kommissionen på ny anført, at det kriterium, hovedsagen drejer sig om, er en regel om afskedigelse, såfremt den ansatte ofte er syg, i den konkrete sag i 100 arbejdsdage på ét år.

Med hensyn til det andet kriterium for, om der foreligger indirekte forskelsbehandling, har Kommissionen først anført, at der ikke er holdepunkter for at antage, at kvinder skulle være mere fraværende fra deres arbejde på grund af sygdom end mænd, eller omvendt, såfremt graviditet ikke sidestilles med sygdom, og dernæst, at der ikke for Kommissionen foreligger oplysninger om, at afskedigelse efter et nærmere angivet antal fraværsdage rammer et langt større antal kvinder end mænd.

I en sag som den foreliggende, hvor den pågældende sygdom kun rammer kvinder, idet den er en følge af graviditet eller fødsel, er det bedste sammenligningsgrundlag efter Kommissionens opfattelse på den ene side sygdomme, som kun kvinder kan lide af, herunder sygdomme, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, og på den anden sygdomme, som kun mænd kan lide af.

Såfremt den nationale retsinstans måtte finde, at dette andet kriterium er opfyldt, påhviler det efter Kommissionens opfattelse indstævnte at føre bevis for, at den anvendte regel er objektivt begrundet, hvilket i den konkrete sag vil centrere sig om arbejdsgiverens evne til at drive virksomheden i tilfælde af arbejdstagerens langvarige sygdom.

Andet spørgsmål: Er beskyttelsen mod afskedigelse som følge af en af graviditet forårsaget sygdom tidsmæssigt begrænset?

a) *HK* har anført, at beskyttelsen mod afskedigelse som følge af en af graviditet forårsaget sygdom gælder uden tidsbegrænsning.

Behovet for at sikre en kvindelig lønmodtager mod opsigelse i perioden efter barselorlovens udløb, såfremt der fortsat er komplikationer efter fødslen, er lige så stort som behovet for beskyttelse under en graviditet og barsel; ifølge HK er der desuden en tendens til, at arbejdsgivere under en udvidet barselorlovsperiode vælger at beholde barselsvikaren, hvilket øger behovet for beskyttelse af den barslende kvinde.

Endvidere giver hverken forarbejderne til eller selve ligebehandlingsloven og heller ikke direktivet holdepunkter for at antage, at beskyttelsen kun skulle gælde til barselorlovens udløb.

Selv om det umiddelbart kan synes uacceptabelt at pålægge arbejdsgiveren en sådan byrde, må det efter HK's opfattelse understreges, at vurderingen af, om en afskedigelse efter en af graviditet eller fødsel forårsaget sygdom er rimelig, er afgørende for størrelsen af den godtgørelse, der kan tilkomme en opsagt lønmodtager.

Den omstændighed, at der i ligebehandlingslovens § 8 anvendes ordet »kan«, viser, at domstolene ved en sådan vurdering også kan tage hensyn til ulemperne for arbejdsgiveren som følge af et sådant fravær, og at domstolene eventuelt kan undlade at tilkende lønmodtageren en godtgørelse.

HK har endelig anført, at den omstændighed, at Birthe Hertz i løbet af opsigelsesperioden blev rask, og at hun kunne have genoptaget sit arbejde, også kan spille en rolle for en sådan vurdering.

b) *DA* har anført, at dens bemærkninger til det første spørgsmål i endnu højere grad taler for, at det andet spørgsmål besvares benægtende.

DA har fremhævet, at såfremt begge de forelagte spørgsmål besvares bekræftende, vil ansættelsen af kvindelige arbejdstagere kunne skabe en for arbejdsgiveren aldeles uoverskuelig situation, som ville bringe den positive udvikling i arbejdsgivernes indstilling til kvindelige arbejdstagere alvorligt i fare, en udvikling, som ifølge Kommissionen var det væsentligste element i ligestillingsprocessen.

c) Ifølge *den italienske regering* opstår spørgsmålet om en eventuel tidsmæssig begrænsning af forbuddet mod afskedigelse i tiden efter fødslen, idet det kan tænkes, at graviditetsbetingede sygdomme diagnosticeres og derefter behandles. I så fald bør kravet om beskyttelse af kvindelige arbejdstagere mod forskelsbehandling afvejes i forhold til det almindelige princip om, at der bør herske klarhed over de rettigheder og forpligtelser, arbejdsgiveren har i relation til arbejdsforholdet.

Beskyttelsen bør derfor ikke gælde uden tidsbegrænsning, men omfatte et tidsrum efter fødslen, som er tilstrækkeligt til, at man kan konstatere, hvilke sygdomme det drejer sig om, og iværksætte den nødvendige behandling; i den henseende kan den såkaldte barselorlov imidertid ikke antages at være tilstrækkelig.

d) *Den britiske regering* har anført, at hvis der i en medlemsstat gælder bestemmelser, hvorefter en arbejdsgiver ikke må afskedige en kvinde som følge af fravær, som skyldes sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, hvilke bestemmelser er tilladte i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, kan medlemsstaten, hvis den finder anledning dertil, fastsætte en tidsmæssig begrænsning af beskyttelsen mod afskedigelse.

e) Ifølge *Kommissionen* følger det af dens bemærkninger til det første spørgsmål, at afgørelsen af, hvorvidt der foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, beror på de konkrete omstændigheder, herunder hvor lang en sygdomsperiode, der er tale om, før den ansatte afskediges, sammenligningsgrundlaget, om det pågældende kriterium rent faktisk rammer et langt større

antal kvinder end mænd, og endelig den mulige objektive begrundelse.

På den baggrund er det efter Kommissionens opfattelse ikke muligt at give et generelt svar på det andet spørgsmål, idet besvarelsen vil afhænge af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag.

Kommissionen har foreslået, at det andet spørgsmål besvares således:

»Det tilkommer den nationale ret at afgøre, hvorvidt en virksomheds anvendelse af en regel om afskedigelse efter megen sygdom rammer et meget større antal kvinder end mænd. Såfremt dette er tilfældet, vil der foreligge en efter direktivet forbudt indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, medmindre virksomheden godtgør, at den nævnte regel om afskedigelse kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi den er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, er egnet til at opnå det mål, den forfølger, og er nødvendig herfor.«

IV — Svar på Domstolens spørgsmål

Domstolen har opfordret parterne i hovedsagen til at præcisere, om en afskedigelsesgrund som den, Aldi Marked har påberåbt sig over for Birthe Hertz, nemlig sygefravær af et vist omfang, fremgår af en lovbestemmelse eller følger af en fast retspraksis, der i årenes løb er fastlagt i arbejdsretlige sager. HK har besvaret spørgsmålet således:

— Birthe Hertz var under sin ansættelse hos Aldi Marked omfattet af reglerne i funktionærloven, hvis § 5, stk. 1, bestemmer: »Bliver funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren...«.

Lovens hovedregel er således, at sygdom er lovligt forfald.

— § 5 indeholder en undtagelsesregel i stk. 2, som bestemmer: »Det kan dog ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold bestemmes, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelsen er sket«.

— I den foreliggende sag er der ikke — som stk. 2 hjemler mulighed for — truffet aftale om kortere opsigelsesvarsel efter 120 sygedage.

HK har endvidere bemærket, at der ikke i årenes løb er fastlagt nogen fast retspraksis om rimeligheden af opsigelse af funktionærer efter sygefravær af et vist omfang.

HK har tilføjet, at det formentlig kan konstateres, at der i teorien er enighed om, at en opsigelse begrundet i sygdom af længere varighed eller hyppigt fravær på grund af sygdom kan anses for rimelig begrundet i en virksomheds forhold, og således ikke udløser nogen godtgørelse for usaglig opsigelse. Der kan imidlertid ikke med sikkerhed siges noget om, hvornår en sådan situation indtræder. Ifølge HK kan 120-dagesreglen give et fingerpeg herom, men rimeligheden af en opsigelse afhænger også af andre forhold, herunder om der er tale om en offentlig eller privat virksomhed, om antallet af medarbejdere i virksomheden, om belastningen for virksomheden ved at undvære den pågældende lønmodtager, om lønmodtagerens anciennitet i virksomheden, om mulighederne for helbredelse er usikre eller kan fastlægges præcist etc.

DA har besvaret spørgsmålet således:

Udgangspunktet i dansk ret er, at et ansættelsesforhold mellem en arbejdsgiver og en funktionær frit kan opsiges. Dette fremgår af funktionærlovens § 2, der har følgende ordlyd:

»Stk. 1. Arbejdsaftalen mellem arbejdsgiveren og funktionæren kan ved opsigelse kun bringes til ophør efter forudgående varsel i overensstemmelse med nedenstående regler.

Stk. 2. Opsigelse fra arbejdsgiverens side skal ske med mindst

1) ...

2) 3 måneders varsel til fratræden ved en måneds udgang efter 6 måneders ansættelse.

Stk. 3. Opsigelsesvarslet i stk. 2, nr. 2) forhøjes med 1 måned for hvert tredje ansættelsesår, dog højst til 6 måneder.«

I den konkrete sag er Birthe Hertz, der på opsigelsestidspunktet havde været ansat i tre år, opsagt med det hende i henhold til funktionærlovens § 2 tilkommende varsel på 4 måneder. Hun fik i opsigelsesperioden udbetalt fuld løn.

DA har endvidere anført, at det følger af funktionærlovens § 5, stk. 1, at arbejdsgiveren som udgangspunkt ikke har ret til at ophæve ansættelsesforholdet på grund af funktionærens sygdom. Der er dog gjort undtagelse herfra ved bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2.

I den forbindelse har DA fundet anledning til at korrigere HK's oplysninger om de fak-

tiske omstændigheder i sagen. Der var således i ansættelsesforholdet mellem Birthe Hertz og Aldi Marked truffet aftale om adgang til opsigelse med forkortet varsel i tilfælde af sygdom, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2. DA har herved henvist til et uddrag af ansættelseskontrakten af 1. juli 1982 og vedlagt kopi deraf.

DA har endvidere bemærket, at det både i dansk juridisk teori og i dansk retspraksis er fast antaget, at de i § 5, stk. 2, nævnte 120 dage ikke skal være 120 arbejdsdage, men at søn- og helligdage samt fridage på hverdage er indbefattet. I den foreliggende sag havde Birthe Hertz i perioden fra juni 1984 til og med juni 1985 et sygefravær på 100 arbejdsdage.

Uanset at der var truffet aftale i henhold til § 5, stk. 2, opsagde Aldi Marked ansættelsesforholdet med 4 måneders varsel, jf. funktionærlovens § 2, og ikke med kun 1 måneds varsel, jf. lovens § 5, stk. 2. Aldi Marked har således ikke bragt ansættelsesforholdet til ophør som følge af misligholdelse fra Birthe Hertz' side, men alene opsagt det med sædvanligt varsel, idet det var virksomhedens normale praksis at opsige medarbejdere, der havde haft et sygefravær svarende til det, Birthe Hertz havde haft på opsigelsestidspunktet.

DA har tilføjet, at uanset at et ansættelsesforhold bringes til ophør ved opsigelse og med det i funktionærloven fastsatte varsel, kan funktionæren i visse i funktionærlovens § 2 b nævnte tilfælde være berettiget til en særlig godtgørelse ud over lønnen indtil fratrædelsestidspunktet.

Funktionærlovens § 2 b bestemmer:

»Stk. 1. Såfremt opsigelse af en funktionær, der er fyldt 18 år, og som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år før opsigelsen, ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse. Denne fastsættes under hensyn til funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder, men kan ikke overstige funktionærens løn for en periode svarende til halvdelen af det opsigelsesvarsel der tilkommer den pågældende i henhold til § 2, stk. 2 og 3. Er funktionæren ved opsigelsen fyldt 30 år, kan godtgørelsen dog udgøre indtil 3 måneders løn.

Stk. 2. ...

Stk. 3. ...«

DA har anført, at såfremt arbejdsgiveren i forbindelse med opsigelsen af en medarbejder ikke har lagt vægt på saglige kriterier, kan der i henhold til § 2 b tillægges funktionæren en godtgørelse, mens der efter dansk ret ikke kan blive tale om at tilsidesætte den stedfundne opsigelse som ugyldig.

DA har understreget, at det var bestemmelsen i funktionærlovens § 2 b, Birthe Hertz for Sø- og Handelsretten påberåbte sig som det primære grundlag for at få tilkendt godtgørelse. Imidlertid angiver § 2 b ikke nærmere, i hvilke situationer en opsigelse

ikke skal anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold.

Der er i den foreliggende sag enighed mellem parterne om, at opsigelsen alene skyldes Birte Hertz' sygefravær, og at den derfor ikke kan henføres til en anden og reel opsigelsesgrund. Ifølge DA er der ikke i dansk lovgivning eller den foreliggende trykte danske retspraksis taget stilling til det ikke ved funktionærlovens § 2 b afklarede spørgsmål, om en opsigelse på grund af meget sygefravær skal anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold. I dansk juridisk teori er der derimod enighed om, at hyppigt eller omfattende sygefravær kan være en rimelig begrundelse for opsigelse af en funktionær, hvorfor en sådan opsigelse ikke medfører pligt til at betale godtgørelse efter § 2 b. Det er særligt fremhævet, at en opsigelse i medfør af § 5, stk. 2, aldrig vil kunne medføre pligt til betaling af godtgørelse efter § 2 b.

Efter DA's opfattelse skal dette i den foreliggende sag sammenholdes med, at opsigelsen ikke er sket i medfør af § 5, stk. 2, med 1 måneds varsel, men derimod med 4 måneders varsel i henhold til § 2, stk. 2.

Ifølge DA må det på denne baggrund konkluderes, at dansk lovgivning fastslår, at en fri opsigelsesadgang er udgangspunktet. Der er derfor ingen pligt for arbejdsgiveren til at påberåbe en bestemt opsigelsesgrund. Når der i den foreliggende sag er påberåbt en opsigelsesgrund, nemlig meget sygefravær, kan dette alene havde betydning for bedømmelsen i relation til funktionærlovens § 2 b af, om der skal tillægges funktionæren en godtgørelse på grund af en meddelt opsigelses mangel på rimelig begrundelse i enten virksomhedens eller funktionærens forhold. Der er imidlertid ikke i dansk lovgivning taget stilling til, om en opsigelse på grund af meget sygefravær må anses for rimeligt begrundet i medarbejderens eller virksomhedens forhold og derfor ikke kan medføre krav i henhold til lovens § 2 b.

Heller ikke i trykt dansk retspraksis er der taget stilling til dansk juridisk teoris antagelse af, at en opsigelse begrundet i hyppigt eller omfattende sygefravær ikke kan medføre krav på godtgørelse i henhold til § 2 b. Fra utrykt dansk retspraksis foreligger Sø- og Handelsrettens enstemmige afgørelse i den foreliggende sag, hvorefter Birthe Hertz ikke havde krav på den nævnte godtgørelse på grund af den stedfundne opsigelse. Da spørgsmålet om godtgørelse i henhold til funktionærlovens § 2 b ikke er gjort gældende for Højesteret, vil ovennævnte afgørelse for så vidt henstå upåanket.

Gordon Slynn
Refererende dommer