RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-179/88 *

I — Rechtskader

A — *Richtlijn 76/207/EEG*

Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 (PB 1976, L 39, blz. 40, hierna: de richtlijn) beoogt volgens artikel 1, lid 1, de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.

Volgens artikel 2, lid 1, van de richtlijn houdt het beginsel van gelijke behandeling in dat iedere discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezinssituatie, is uitgesloten.

Artikel 2, lid 3, bepaalt evenwel, dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

Ingevolge artikel 5, lid 1, van de richtlijn is het aldus omschreven beginsel van gelijke behandeling van toepassing op de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden.

Artikel 9, lid 1, eerste alinea, bepaalt ten slotte, dat de Lid-Staten binnen een termijn van dertig maanden volgende op de kennisgeving van de richtlijn de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om aan de bepalingen daarvan te voldoen. Aangezien die kennisgeving plaats vond op 12 februari 1976, moesten de nodige bepalingen op 12 augustus 1978 in werking zijn getreden.

B — *Het nationale recht*

In Denemarken is de richtlijn in nationaal recht omgezet bij wet nr. 161 van 12 april 1978 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de tewerkstelling en dergelijke („lov om ligebehandeling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v.", hierna: „wet gelijke behandeling") en bij wet nr. 162 van 12 april 1978 tot wijziging van enkele wettelijke bepalingen betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de tewerkstelling („lov om ændring of forskellige bestemmelser om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m. v.").

De Deense wet gelijke behandeling is op 1 juli 1978 in werking getreden.

De bepalingen van deze wet die in casu van belang zijn, zijn artikel 1, leden 1 en 2, en de artikelen 4 en 8. Zij luiden als volgt:

* Procestaal: Deens.

„*Artikel 1*

1. Onder gelijke behandeling van mannen en vrouwen wordt in deze wet verstaan, dat geen discriminatie op grond van geslacht plaatsvindt. Dit geldt zowel voor directe discriminatie als voor indirecte discriminatie, met name door verwijzing naar zwangerschap, echtelijke staat of gezinssituatie.

2. Deze wet doet geen afbreuk aan bepalingen inzake de bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap en bevalling.

Artikel 4

Werkgevers die mannen en vrouwen in dienst hebben, behandelen deze gelijk wat betreft de arbeidsvoorwaarden. Dit geldt ook voor de ontslagvoorwaarden.

Artikel 8

Aan personen wier rechten ten gevolge van een overtreding van de artikelen 2 tot en met 5 zijn aangetast, kan een schadeloosstelling worden toegekend."

II — Feiten en procesverloop

Op 15 juli 1982 trad mevrouw Hertz als caissière en verkoopster voor een gedeelte van de werktijd in dienst van Aldi Marked.

In juni 1983 kreeg zij een kind na een zwangerschap met complicaties, gedurende welke zij, met instemming van haar werkgever, met ziekteverlof was geweest.

Na afloop van haar zwangerschapsverlof, dat naar Deens recht ingaat vier weken vóór de vermoedelijke datum van de bevalling en eindigt vierentwintig weken na de geboorte, hervatte Hertz eind 1983 haar werkzaamheden. Tot juni 1984 was zij niet met ziekteverlof.

Tussen juni 1984 en juni 1985 was zij meer dan honderd werkdagen met ziekteverlof.

Bij brief van 27 juni 1985 ontsloeg Aldi Marked haar met de wettelijke opzegtermijn van vier maanden. Aldi Marked verklaarde later, dat de oorzaak van het ontslag gelegen was in de afwezigheden van Hertz, en dat het gebruikelijk was om werknemers die vaak ziek zijn, te ontslaan.

Partijen zijn het erover eens, dat de oorzaak van de afwezigheden van Hertz tussen juni 1984 en juni 1985 gelegen was in complicaties naar aanleiding van haar bevalling in juni 1983.

Bij vonnis van 14 augustus 1987 verwierp het Sø- og Handelsret te Kopenhagen het beroep dat Hertz tegen haar ontslag had ingediend. Hertz had daarbij onder meer betoogd, dat haar ontslag in strijd was met de artikelen 1 en 4 van de wet gelijke behandeling.

Hertz ging van dat vonnis in hoger beroep bij het Højesteret van Denemarken. Zij heeft zich uitsluitend beroepen op de wet gelijke behandeling. De zaak voor deze rechterlijke instantie heeft betrekking op de vraag, of het ontslag van Hertz in strijd is met de artikelen 1, lid 1, en 4 van de wet gelijke behandeling, zodat Hertz op grond van artikel 8 van deze wet in aanmerking komt voor een vergoeding wegens ontslag.

Voor het Højesteret heeft appelante betoogd, dat haar ontslag in strijd is met het in artikel 1, lid 1, sub 2, van die wet neergelegde verbod van indirecte discriminatie. Zij verwijst daartoe naar een advies van 22 december 1986 van de Deense Raad voor gelijke kansen, een in 1978 door de Deense wetgever opgericht orgaan met de taak, de gelijkheid van mannen en vrouwen in de maatschappij te bevorderen en adviezen te verstrekken ter uitvoering van de wet gelijke behandeling. In bedoeld advies sprak deze raad zijn twijfels uit over de vraag, of ontslag op grond van afwezigheden wegens ziekte, die te wijten is aan complicaties na een bevalling, verenigbaar was met onder meer de wet gelijke behandeling.

Geïntimeerde heeft betoogd, dat het verbod van discriminatie op grond van geslacht niet van toepassing is op gevallen als het onderhavige, waarin de werknemer is ontslagen op grond van afwezigheid wegens ziekte meer dan een jaar na de bevalling, ongeacht of die ziekte te wijten is aan complicaties in verband met de bevalling. Zij verwijst daartoe onder meer naar circulaire nr. 155 van het Ministerie van Financiën van 3 oktober 1984 betreffende zwangerschapsverlof en dergelijke, waarvan de inhoud is overgenomen in een brief van het Ministerie van Arbeid van 20 september 1985, die wordt vermeld in bovengenoemd advies van 22 december 1986 van de Deense raad voor gelijke kansen. In die circulaire heet het, dat wanneer moet worden besloten over eventueel ontslag wegens ziekte, afwezigheid van de werknemer die zich ziek meldt, na het einde van het wettelijk zwangerschapsverlof normalerwijze wordt meegeteld bij het aantal ziektedagen. Daarbij maakt het geen verschil, of de werknemer zich ziek meldt wegens zwangerschap of moederschap dan wel enige andere ziekte.

Geïntimeerde heeft vervolgens betoogd, dat de vraag welke bescherming de vrouw geniet in geval van zwangerschap of bevalling, in de wet op het zwangerschapsverlof is geregeld. Deze wet, waarvan artikel 3 het vraagstuk van ontslag wegens zwangerschap of bevalling uitputtend regelt, moet worden beschouwd als een speciale bescherming van vrouwen in de zin van artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad, die het aan de Lid-Staten overlaat, de omvang van die bescherming te bepalen.

Van oordeel dat deze zaak vragen over de uitlegging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad opwerpt, die de uitlegging van de Deense uitvoeringswet kunnen beïnvloeden, heeft het Højesteret het Hof bij beschikking van 30 juni 1988 de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Gelden de bepalingen van artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, ook voor ontslagen die het gevolg zijn van afwezigheden

wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling?

2) Zo ja, geldt de bescherming tegen ontslag wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, zonder beperking in de tijd?"

De verwijzingsbeschikking is op 4 juli 1988 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Overeenkomstig artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (hierna: HK), als gemachtigde van B. Vibeke Hertz, appelante in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door L. S. Andersen, advocaat te Århus; Dansk Arbejdsgiverforening (hierna: DA), als gemachtigde van Aldi Marked K/S, geïntimeerde in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door J. P. Buhl, advocaat te Kopenhagen; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. A. Gensmantel van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde; de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door P. G. Ferri, avvocato dello Stato; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door I. Langermann, lid van haar juridische dienst.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, op 7 juni 1989 besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen evenwel verzocht, een vraag te beantwoorden, en de Deense regering krachtens artikel 21, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EEG gevraagd om overlegging van het advies van 22 december 1986 van de Deense Raad voor gelijke kansen en van de in dat advies genoemde brief van het Ministerie van Arbeid van 20 september 1985.

III — Samenvatting van de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

De eerste vraag

Appelante in het hoofdgeding, HK, de Italiaanse regering, de Commissie en — onder bepaalde voorwaarden — de regering van het Verenigd Koninkrijk geven het Hof in overweging, de eerste vraag bevestigend te beantwoorden. Geïntimeerde in het hoofdgeding, DA, betoogt dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

a) Volgens *HK* kan een ziekte die verband houdt met zwangerschap niet leiden tot ontslag als gevolg van afwezigheid wegens die ziekte. Een dergelijk ontslag zou in strijd zijn met de artikelen 2 en 5 van richtlijn 76/207/EEG en met de dienovereenkomstige uitvoeringsbepalingen van de Deense wet gelijke behandeling, te weten de artikelen 1, lid 1, en 4.

Zij verwijst in dit verband naar een advies van 20 september 1985 van de Deense Raad voor gelijke kansen, waarin deze afstand zou hebben genomen van de verklaring van de minister van Arbeid, volgens welke de uit de wet gelijke behandeling voortvloeiende bescherming tegen ontslag op grond van een ziekte die is ontstaan tijdens of in verband met een

zwangerschap of bevalling, ophoudt te bestaan na het verstrijken van het wettelijk zwangerschapsverlof. Volgens dat advies zou het verbod om een werknemer te ontslaan wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap, gelden ongeacht de duur van die ziekte, daar het beginsel van gelijke behandeling niet in de tijd kan worden beperkt door de — toevallige — beperking in de tijd van het zwangerschapsverlof in een Lid-Staat.

De uit artikel 2, lid 1, van de richtlijn voortvloeiende bescherming heeft dezelfde omvang als die voorzien in artikel 1, lid 1, van de wet gelijke behandeling, ook al maakt dit laatste artikel daarnaast uitdrukkelijk melding van zwangerschap, dat het op dezelfde lijn plaatst als echtelijke staat of gezinssituatie.

Volgens HK geeft zulks alleen uitdrukking aan de bijzondere behoefte aan bescherming in verband met zwangerschap, welke behoefte ook tot uiting komt in artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207/EEG.

b) *DA* betoogt om te beginnen, dat artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG niet geldt voor ontslag op grond van afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling.

Die bepalingen leggen alleen een hoger beginsel van gelijke behandeling vast. Hieruit volgt, dat dit beginsel bij elk ontslag kan worden ingeroepen, maar dat de enkele vaststelling van een verband tussen het ontslag en een zwangerschap of bevalling, niet volstaat om van schending van dat beginsel te spreken. De op dergelijke situaties toepasselijke bepalingen moeten worden uitgewerkt op nationaal niveau, met inachtneming van genoemd beginsel. De richtlijn beoogt overigens niet, de nationale bepalingen tot in details te regelen, daar zij geen positieve aanwijzingen bevat over de tenuitoverlegging van het beginsel van gelijke behandeling. Dit blijkt zowel uit haar ontstaansgeschiedenis als uit artikel 2, lid 3.

Ook zo men mocht oordelen, dat de betrokken bepalingen van de richtlijn de Lid-Staten verplichten, regels van positief recht in te voeren ter bescherming van vrouwen op het gebied van zwangerschap of bevalling, kan de draagwijdte van die bepalingen niet zo ver gaan, dat zij ook de in de eerste vraag bedoelde situatie omvatten.

De formulering van artikel 2, lid 3, van de richtlijn toont aan, dat de richtlijn weliswaar de mogelijkheid opent, bijzondere bepalingen in te voeren, maar dat men geen richtlijnen heeft willen geven voor de nadere uitwerking van dergelijke bepalingen.

De verklaring hiervoor is — aldus een vaststelling van de Commissie en het Economisch en Sociaal Comité in de voorbereidende werkzaamheden van richtlijn 76/207/EEG — dat alleen een wijziging van de algemene houding van de werkgevers tegenover vrouwelijke werknemers de tenuitvoerlegging van het hogere beginsel van gelijke behandeling het best kan waarborgen, en dat toepassing van bijzondere beschermende voorschriften op basis van artikel 2, lid 3, een doorslaggevend beletsel kan vormen voor de positieve ontwikkeling van de houding der werkgevers tegenover vrouwelijke werknemers.

Daar er derhalve bij de vaststelling van de richtlijn geen afweging heeft plaatsgevonden tussen een zo goed mogelijke bescherming van zwangere vrouwen en de voor de gelijke behandeling zo belangrijke ontwikkeling van de houding der werkgevers tegenover vrouwelijke werknemers, is de invoering en nadere regeling van positieve beschermende maatregelen ter verzekering van die afweging door de richtlijn aan de nationale wetgever overgelaten.

De bepalingen van artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, kunnen derhalve eerst toepassing vinden op ontslag op grond van afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap, na zorgvuldige afwegingen van die twee belangen.

Voor afwezigheid na het verstrijken van het zwangerschapsverlof heeft de wettelijke regeling van iedere Lid-Staat inzake zwangerschapsverlof voor die afweging gezorgd.

Heeft een dergelijke aparte afweging niet plaatsgevonden voor afwezigheid na het zwangerschapsverlof, dan kan de richtlijn niet tot gevolg hebben dat de nationale beschermende maatregelen voor die gevallen gelden, zonder dat daardoor de positieve ontwikkeling van de houding der werkgevers tegenover vrouwelijke werknemers zou worden geremd.

Volgens *DA* wordt het beginsel van gelijke behandeling derhalve het best verzekerd, wanneer de regeling van de bescherming tegen ontslag op grond van afwezigheid wegens ziekte die te wijten is aan zwangerschap of bevalling, aan het nationale recht wordt overgelaten.

c) De *Italiaanse regering* betoogt, dat indien het recht van de werkgever om een werknemer te ontslaan op grond van herhaalde afwezigheid wegens ziekte, ook gold voor de vrouwelijke werknemer die ziek wordt als gevolg van zwangerschap of bevalling, die vrouwelijke werknemer haar betrekking zou verliezen op grond van een gebeurtenis — het moederschap — die alleen vrouwen treft. Hieraan wordt niet afgedaan door de omstandigheid, dat de bescherming van de vrouwelijke werknemer in verband met zwangerschap haar begrenzing vindt in de toepassing van de krachtens artikel 2, lid 3, van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, die afwezigheid vóór en na de bevalling regelen voor perioden die van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillen.

Die nationale bepalingen regelen zwangerschap door voorschriften die uitgaan van de lichamelijke aspecten rondom zwangerschap en bevalling en hebben een sociaal doel, de bescherming van het moederschap, die niet samenvalt met de bescherming van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; die voorschriften laten dat beginsel in het geval van het wettelijk zwangerschapsverlof zelfs buiten beschouwen.

Artikel 5 van de richtlijn moet derhalve noodzakelijkerwijs toepassing vinden in het geval van een ontslagregeling waarvan de toepassing tot discriminatie van de vrouw kan leiden. In casu is er sprake van potentiële discriminatie door ontslag op grond van ziekte

van de werknemer, doordat de vrouwelijke werknemer een groter risico loopt haar betrekking te verliezen op grond van een ziekte die alleen vrouwen kan treffen in geval van zwangerschap.

d) Volgens de *regering van het Verenigd Koninkrijk* verbieden de bepalingen van artikel 5, lid 1, juncto artikel 2, lid 1, van de richtlijn een werkgever, een vrouw die afwezig is wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, minder gunstig te behandelen dan een man die wegens ziekte afwezig is.

Wanneer een werkgever een vrouw onder die omstandigheden ontslaat, terwijl zij een man die in een jaar honderd werkdagen ziek is geweest, niet zou ontslaan, moet derhalve worden aangenomen dat de behandeling van die vrouw in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

Ofschoon de draagwijdte van richtlijn 76/207/EEG niet verder gaat, mogen de Lid-Staten op grond van artikel 2, lid 3, van de richtlijn evenwel bepalingen inzake zwangerschap en bevalling invoeren die vrouwen een bijzondere bescherming bieden. Op grond van dat artikel mogen de Lid-Staten derhalve wettelijke bepalingen vaststellen die het een werkgever verbieden, een vrouw te ontslaan op grond van afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling. Bij gebreke van dergelijke bepalingen verplicht de richtlijn de Lid-Staten niet, deze vast te stellen.

e) De *Commissie* plaatst enkele kanttekeningen bij de structuur van de richtlijn, met name artikel 2, lid 3, dat haars inziens in casu geen belang kan hebben. Het gaat om de vraag, of er sprake is van directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 2, lid 1, van de richtlijn. Voor de beantwoording ervan moet de afwezigheid van Hertz worden geweten aan ziekte en niet aan zwangerschap of bevalling.

Het ontslag van Hertz berust op een interne regel op grond waarvan werknemers die vaak ziek zijn geweest, worden ontslagen. Een dergelijke regel valt niet onder het in de richtlijn neergelegde verbod van discriminatie op grond van geslacht, daar zij een maatstaf hanteert — de frequentie van afwezigheid wegens ziekte — die zonder onderscheid van toepassing is op beide geslachten.

Aangaande het in de richtlijn neergelegde verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht verwijst de Commissie naar de arresten van 31 maart 1981 (zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911) en 13 mei 1986 (zaak 170/84, Bilka-Kaufhaus, Jurispr. 1986, blz. 1607) ten betoge, dat de vraag of er sprake is van een dergelijke discriminatie, moet worden beantwoord aan de hand van de volgende drie criteria:

1) vaststelling van de betrokken bepaling, maatstaf of praktijk;

2) onderzoek van de vraag, of het criterium een veel groter aantal vrouwen raakt, waarvan de ontslagen werknemer het vermoeden moet aantonen;

3) indien dat vermoeden bestaat, beoordeling van de vraag of de werkgever kan aantonen, dat de betrokken maatstaf niettemin zijn verklaring vindt in factoren die niets uitstaande hebben met discriminatie op grond van geslacht, en of de door de werkgever gekozen middelen aan een daadwerkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden en dienstig en noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van het gestelde doel.

De nationale rechter is als enige bevoegd om aan de hand hiervan te beoordelen, of er in casu sprake is van indirecte discriminatie. Het criterium waar het in het hoofdgeding om draait, is de regel volgens welke een werknemer die vaak ziek is, in casu honderd werkdagen per jaar, wordt ontslagen.

Met betrekking tot het tweede criterium van indirecte discriminatie bestaan er geen aanwijzingen, dat vrouwen vaker met ziekteverlof zijn dan mannen of omgekeerd, aangenomen dat zwangerschap niet gelijk wordt gesteld met ziekte, noch dat ontslag na een bepaald aantal dagen afwezigheid vrouwen vaker treft dan mannen.

In een zaak als de onderhavige, waar de betrokken ziekte alleen vrouwen kan treffen omdat zij haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, kan het beste een vergelijking worden getroffen tussen ziekten die alleen bij vrouwen voorkomen, ziekten die te wijten zijn aan zwangerschap of bevalling daaronder begrepen, en ziekten die alleen bij mannen voorkomen.

Indien de nationale rechter meent dat aan dit tweede criterium voldaan is, zal DA het bewijs moeten leveren dat de toegepaste regel objectief gerechtvaardigd is. Daarbij draait het om de vraag, of de werkgever zijn bedrijf draaiende kan houden bij langdurig ziekteverlof van werknemers.

De tweede vraag: de eventuele beperking in de tijd van de bescherming tegen ontslag op grond van een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap

a) *HK* betoogt, dat de bescherming tegen ontslag op grond van een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap, geldig is zonder beperking in de tijd.

De behoefte aan bescherming van een vrouwelijke werknemer tegen ontslag aan het einde van het zwangerschapsverlof, zo er dan nog complicaties als gevolg van de bevalling bestaan, is even groot als de behoefte aan bescherming gedurende de zwangerschap of de bevalling, te meer daar de neiging van de werkgever om bij verlenging van het zwangerschapsverlof de vervanger of vervangster aan te houden, de behoefte aan bescherming van de werknemer die bevalt, vergroot.

Bovendien bevatten noch de voorbereidende werkzaamheden van de wet gelijke behandeling, noch de wet zelf, noch de richtlijn enige aanwijzing, dat de bescherming slechts zou moeten gelden tot aan het einde van het zwangerschapsverlof.

Ofschoon het op het eerste gezicht onaanvaardbaar kan lijken om de werkgever een dergelijke last op te leggen, dient de beoordeling door de nationale rechter van de wettigheid van een ontslag na een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, als grondslag voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding waarop een ontslagen vrouwelijke werknemer aanspraak kan maken.

De omstandigheid dat artikel 8 van de wet gelijke behandeling het woord „kan" gebruikt, wijst erop, dat de nationale rechter bij die beoordeling ook rekening zal houden met de nadelen die de werkgever van de afwezigheid van zijn werknemer ondervindt en in voorkomend geval kan beslissen, geen schadevergoeding toe te kennen.

Het feit dat Hertz zich tijdens de opzegtermijn heeft hersteld en eventueel in staat is, haar werk te hervatten, kan bij die beoordeling eveneens een rol spelen.

b) *DA* betoogd, dat haar opmerkingen naar aanleiding van de eerste vraag nog sterker pleiten voor een ontkennend antwoord op de tweede vraag.

Een bevestigend antwoord op beide vragen zou impliceren, dat de aanwerving van vrouwelijke werknemers voor de werkgever uiteindelijk het risico meebrengt van een geheel onvoorzienbare situatie, die ernstige schade zou toebrengen aan de positieve ontwikkeling van de houding der werkgevers tegenover vrouwelijke werknemers. De Commissie heeft juist erkend, dat die ontwikkeling het belangrijkste element was bij de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling.

c) De *Italiaanse regering* betoogt, dat het probleem van een eventuele beperking in de tijd van het ontslagverbod zich voordoet voor de periode na de bevalling, daar het kan voorkomen dat ziekten die verband houden met zwangerschap pas naderhand aan het licht komen en worden behandeld. In een dergelijk geval moet de noodzaak om de werknemer te beschermen tegen discriminaties, worden afgewogen tegen het algemene rechtszekerheidsbeginsel en de verplichtingen van de werkgever in het kader van de arbeidsverhouding.

Bijgevolg moet de bescherming niet onbeperkt gelden, maar beperkt zijn tot een periode na de bevalling; die periode moet echter lang genoeg zijn om de betrokken ziektes te kunnen vaststellen en behandelen. Daarbij kan het zogenoemde zwangerschapsverlof niet als een passend tijdvak worden beschouwd.

d) De *regering van het Verenigd Koninkrijk* betoogt, dat een Lid-Staat waarvan de wettelijke regeling een werkgever verbiedt, een vrouw te ontslaan op grond van afwezigheid wegens een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling — welk verbod is toegestaan krachtens artikel 2, lid 3, van de richtlijn —, de bescherming tegen zwangerschap in de tijd mag beperken indien hij zulks dienstig acht.

e) De *Commissie* betoogt, dat uit haar opmerkingen naar aanleiding van de eerste vraag blijkt, dat het antwoord op de vraag of er sprake is van indirecte discriminatie op grond van geslacht, afhangt van de concrete omstandigheden, met name de duur van het ziekteverlof vóór het ontslag van de werknemer, de vergelijkingsgrondslag, de vraag of

de gebruikte maatstaf een groter aantal vrouwen dan mannen treft en, ten slotte, de eventuele objectieve rechtvaardiging.

Onder die omstandigheden kan geen algemeen antwoord worden gegeven op de tweede vraag, daar dat antwoord zal afhangen van de concrete omstandigheden van het betrokken geval.

De Commissie geeft het Hof derhalve het volgende antwoord in overweging:

„Het staat aan de nationale rechter om vast te stellen, of de toepassing door een onderneming van een regel op grond waarvan een werknemer na langdurige afwezigheid wegens ziekte wordt ontslagen, een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft. Indien dat het geval is, zal er sprake zijn van indirecte discriminatie op grond van geslacht, die ingevolge de richtlijn verboden is, tenzij de onderneming aantoont dat de betrokken maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets uitstaande hebben met discriminatie op grond van geslacht, omdat zij aan een daadwerkelijke behoefte van de onderneming beantwoordt en noodzakelijk is ter bereiking van het door de onderneming nagestreefde doel."

IV — Antwoorden op de vragen van het Hof

Op de vraag of een reden voor ontslag als tegen Hertz aangevoerd door Aldi Marked, te weten de frenquentie van afwezigheid wegens ziekte, op de wet berust dan wel overeenstemt met een in de loop der jaren door de rechtspraak bevestigde vaste praktijk, heeft HK het volgende geantwoord:

— Toen zij in dienst was van Aldi Marked, viel Hertz onder de Deense bediendenwet, waarvan artikel 5, lid 1, bepaalt dat „wanneer een werknemer wegens ziekte niet in staat is zijn werkzaamheden te verrichten, het daaruit voortvloeiende dienstverzuim wordt aangemerkt als wettige verhindering van de werknemer...".

Deze bepaling berust derhalve op het beginsel, dat ziekte een wettige verhindering is.

— Artikel 5 bevat een uitzonderingsregel in lid 2, dat het volgende bepaalt: „In de individuele arbeidsverhouding kan schriftelijk worden overeengekomen, dat de werknemer kan worden ontslagen met een opzegtermijn van één maand, wanneer de werknemer gedurende een tijdvak van twaalf achtereenvolgende maanden bezoldiging tijdens ziekte heeft ontvangen voor in totaal 120 dagen. Het ontslag is slechts geldig, indien het wordt gegeven in onmiddellijke aansluiting op het verstrijken van de 120 ziektedagen en terwijl de werknemer nog ziek is. Aan de geldigheid van het ontslag wordt niet afgedaan doordat de werknemer na de aanzegging van het ontslag weer op zijn werk is verschenen."

— In casu was geen gebruik gemaakt van de in lid 2 voorziene mogelijkheid, een kortere opzegtermijn overeen te komen in geval van ontslag na 120 dagen ziekteverlof.

HK heeft voorts opgemerkt, dat er geen vaste rechtspraak is volgens welke ontslag van een werknemer op grond van een bepaald aantal dagen ziekteverlof, gerechtvaardigd is.

Ofschoon men het in theorie erover eens is, dat ontslag op grond van langdurige ziekte of herhaalde afwezigheid wegens ziekte kan worden geacht zijn rechtvaardiging te vinden in de situatie van de onderneming en geen recht geeft op schadevergoeding wegens onwettig ontslag, kan niet met zekerheid worden gesteld, wanneer die situatie zich voordoet. De regel van 120 dagen kan weliswaar een aanwijzing vormen, maar de wettigheid van het ontslag hangt ook af van andere factoren, zoals de vraag of het gaat om een openbaar of een particulier bedrijf, het aantal werknemers van de onderneming, de belasting voor de onderneming die de betrokken werknemer moet missen, de anciënniteit van de werknemer binnen het bedrijf en de vraag of herstel van de werknemer onzeker is of niet nauwkeurig kan worden bepaald.

DA heeft op deze vraag het volgende geantwoord.

Uitgangspunt van het Deense recht is, dat een arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer in beginsel vrij kan worden opgezegd. Dit volgt uit artikel 2 van de bediendenwet, die het volgende bepaalt:

„1. Een arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer kan slechts door opzegging worden beëindigd na het verstrijken van een opzegtermijn overeenkomstig de volgende bepalingen.

2. De opzegging door de werkgever geschiedt

1) ...,

2) met een opzegtermijn van ten minste drie maanden, met dien verstande dat de dienstbetrekking aan het eind van de maand eindigt, wanneer de werknemer ten minste zes maanden in dienst is geweest.

3. De duur van de in lid 2, bedoelde opzegtermijn wordt verlengd met een maand voor elk derde dienstjaar, met dien verstande dat de opzegtermijn niet meer dan zes maanden kan bedragen."

In casu is Hertz, die op het moment van haar ontslag drie jaar in dienst was, ontslagen met de opzegtermijn van vier maanden waar zij op grond van bovenstaand artikel 2 recht op had. Gedurende die opzegtermijn werd haar salaris doorbetaald.

Uit artikel 5, lid 1, van de bediendenwet volgt, dat een werkgever een dienstbetrekking in beginsel niet kan beëindigen door ontslag op grond van ziekte van de werknemer. Artikel 5, lid 2, van de wet voorziet echter in een uitzondering op die regel.

Op dit laatste punt meent DA de door HK gegeven weergave van de feiten te moeten

rechtzetten. De arbeidsovereenkomst tussen Hertz en Aldi Marked voorzag overeenkomstig artikel 5, lid 2, in de mogelijkheid van ontslag met een kortere opzegtermijn in geval van ziekte. DA verwijst hiertoe naar een uittreksel uit de arbeidsovereenkomst van 1 juli 1982, waarvan zij een copie overlegt.

Zowel in de doctrine als in de rechtspraak is men het in Denemarken erover eens, dat de in artikel 5, lid 2, bedoelde 120 dagen niet slaan op 120 werkdagen, maar ook zondagen, feestdagen en vrije werkdagen omvatten. In casu was Hertz tussen juni 1984 en juni 1985 100 werkdagen afwezig geweest wegens ziekte.

Ondanks het feit dat de in artikel 5, lid 2, bedoelde clausule was opgenomen, beëindigde Aldi Marked de arbeidsovereenkomst met de opzegtermijn van vier maanden, bedoeld in artikel 2 van de bediendenwet, en niet met de in artikel 5, lid 2, voorziene termijn van één maand. Aldi Marked heeft de arbeidsovereenkomst derhalve niet beëindigd op grond van een verzuim van Hertz, maar de arbeidsovereenkomst met de gebruikelijke opzegtermijn beëindigd. Aldi Marked heeft de gewoonte om werknemers wier afwezigheid wegens ziekte overeenkomt met die van Hertz op het moment van haar ontslag, te ontslaan.

Ook indien de arbeidsovereenkomst is beëindigd door ontslag met een opzegtermijn die strookt met de bepalingen van de bediendenwet, heeft de werknemer in bepaalde in artikel 2, sub b, van die wet genoemde gevallen recht op vergoedingen naast het tot de beëindiging van de dienstbetrekking verschuldigde salaris.

Artikel 2, sub b, luidt als volgt:

„1. Wanneer het ontslag van een werknemer die de achttienjarige leeftijd heeft bereikt en die ten minste één jaar voor zijn ontslag ononderbroken bij de onderneming in dienst is geweest, niet kan worden geacht zijn rechtvaardiging te vinden in de situatie van de onderneming of in die van de werknemer, betaalt de werkgever een vergoeding. Deze vergoeding wordt vastgesteld rekening houdend met de anciënniteit van de werknemer en de andere betrokken omstandigheden, maar kan niet hoger zijn dan de bezoldiging die de werknemer heeft ontvangen over een tijdvak overeenkomend met de helft van de opzegtermijn waarop de betrokkene recht heeft op grond van artikel 2, leden 2 en 3. Wanneer de werknemer bij zijn ontslag dertig dienstjaren heeft vervuld, kan de vergoeding evenwel drie maandsalarissen bedragen.

2. ...

3. ..."

Wanneer een werkgever bij het ontslag van een werknemer geen objectieve maatstaven heeft gehanteerd, kan de werknemer ingevolge artikel 2, sub b, een vergoeding worden toegekend. Naar Deens recht kan een dergelijk ontslag evenwel niet ongeldig worden verklaard.

Hertz heeft voor het Sø- og Handelsret primair een beroep gedaan op de bepalingen van dit artikel tot staving van haar vordering tot schadevergoeding. Artikel 2, sub b, geeft evenwel niet aan, in welke gevallen een ont-

slag niet kan worden geacht zijn rechtvaardiging te vinden in de situatie van de werkgever of de werknemer.

Partijen zijn het er in casu over eens, dat het ontslag uitsluitend gebaseerd was op de afwezigheden van Hertz wegens ziekte en dat het ontslag derhalve niet aan enige andere oorzaak kon worden geweten. In Denemarken heeft noch de wetgever noch de rechter zich tot op heden uitgesproken over de in artikel 2, sub b, niet opgehelderde vraag, of ontslag op grond van herhaald ziekteverlof gerechtvaardigd kan worden geacht op grond van de situatie van de werkgever of de werknemer. In de doctrine zou er daarentegen eensgezindheid over bestaan, dat die afwezigheid het ontslag van een werknemer kan rechtvaardigen, zodat geen vergoeding op grond van artikel 2, sub b, behoeft te worden betaald. Ontslag op grond van artikel 5, lid 2, kan volgens de doctrine nooit de verplichting doen ontstaan, de in artikel 2, sub b voorziene vergoeding te betalen.

In casu is Hertz niet ontslagen overeenkomstig het bepaalde in artikel 5, lid 2 — dat wil zeggen met een opzegtermijn van één maand —, maar met een opzegtermijn van vier maanden, overeenkomstig artikel 2.

Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat een werkgever naar Deens recht in beginsel vrij kan besluiten, een werknemer te ontslaan. De werkgever is derhalve niet gehouden, voor het ontslag een bijzondere reden aan te voeren. Indien een reden voor het ontslag wordt aangevoerd, zoals in casu de frequentie van afwezigheid wegens ziekte, kan zulks alleen rechtsgevolgen hebben voor de vraag, of de werknemer op grond van artikel 2, sub b, van de bediendenwet recht heeft op een vergoeding op grond dat zijn ontslag niet gerechtvaardigd is op grond van de situatie van de werkgever of van die van de werknemer. De Deense wetgever heeft zich evenwel niet uitgesproken over de vraag, of ontslag op grond van herhaald ziekteverlof kan worden geacht gerechtvaardigd te zijn op grond van de situatie van de werkgever of de werknemer en derhalve geen recht geeft op een vergoeding in de zin van artikel 2, sub b.

De gepubliceerde Deense rechtspraak heeft evenmin een standpunt ingenomen over de zienswijze van de doctrine, dat ontslag op grond van herhaalde afwezigheid wegens ziekte geen recht geeft op de in artikel 2, sub b, bedoelde vergoeding. Tot de niet gepubliceerde Deense rechtspraak behoort het met eenstemmigheid gewezen vonnis van het Sø- og Handelsret in de onderhavige zaak, volgens hetwelk het ontslag van Hertz geen recht gaf op die vergoeding. Aangezien de vraag betreffende de toekenning van een vergoeding op grond van artikel 2, sub b, voor het Højesteret niet is opgeworpen, zal dat vonnis in zoverre niet worden aangevochten.

Gordon Slynn
rechter-rapporteur