FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 10. maj 2001 [1]

1. Højesteret har i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål for Domstolen vedrørende fortolkningen af artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF [2] og artikel 10 i Rådets direktiv 92/85/EØF [3].

I — Faktiske omstændigheder

2. Appellanten i hovedsagen er telefonvirksomheden Tele Danmark A/S, som ansatte Marianne Brandt-Nielsen som kundeservicemedarbejder på en kontrakt, der løb fra den 1. juli til den 31. december 1995. Under ansættelsessamtalen blev det oplyst, at hun de første to måneder skulle gennemgå et oplæringsforløb, og at denne periode omfattede fjorten dages egentlig undervisning.

Højesteret ønsker nærmere bestemt at få oplyst, om disse bestemmelser er til hinder for, at en gravid kvindelig ansat opsiges på grund af graviditeten under følgende omstændigheder: Hun var blevet ansat for en periode på seks måneder, hun vidste, at hun var gravid, men oplyste ikke arbejdsgiveren herom ved indgåelsen af ansættelsesaftalen, og på grund af barselsorloven ville hun ikke kunne arbejde i en del af ansættelsesperioden.

3. Indstævnte i hovedsagen, som er den ansatte, påbegyndte arbejdet på den fastsatte dato. I august måned oplyste hun, at hun var gravid og forventede at nedkomme den 6. november 1995. I henhold til den kollektive overenskomst var hun berettiget til fravær med fuld løn fra otteugersdagen før den forventede fødsel. Denne periode begyndte at løbe den 11. september, dvs. få dage efter, at hun havde afsluttet sit oplæringsforløb, som var blevet forsinket, fordi hun blev gift den 12. august og havde holdt en kort ferie i den anledning.

4. Den 23. august fik hun meddelelse om, at hun var blevet opsagt fra sin stilling til

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

3 — Rådets direktiv af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1).

fratræden med udgangen af september måned 1995, på hvilket tidspunkt hun følgelig ophørte med at arbejde. Virksomheden angav som begrundelse for opsigelsen, at hun havde misligholdt sit ansættelsesforhold ved ikke under samtalen at have oplyst, at hun var gravid med forventet nedkomst i november.

5. I marts 1996 anlagde Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund som mandatar for Marianne Brandt-Nielsen sag ved Retten i Århus med påstand om, at Tele Danmark dømtes til at betale en godtgørelse, fordi opsigelsen på grund af graviditet er i strid med § 9 i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov[4] (herefter »ligebehandlingsloven«).

Virksomheden påstod frifindelse med henvisning til, at arbejdstageren, der var ansat for seks måneder, havde undladt at oplyse, at hun var gravid med forventet nedkomst i november. Ved dom af 14. januar 1997 tog Retten i Århus virksomhedens frifindelsespåstand til følge.

6. I ankesagen tilkendte Vestre Landsret arbejdstageren en godtgørelse, idet den fandt det godtgjort, at graviditeten havde været årsagen til opsigelsen. Landsretten lagde til grund, at der hverken i forarbejderne til ligebehandlingsloven eller i Domstolens praksis er støtte for den antagelse, at vikaransatte ikke er omfattet af lovens beskyttelsesområde, og fandt, at det ikke kunne tillægges betydning, at den ansatte vidste, at hun var gravid, og derfor ikke fuldt ud kunne opfylde sin arbejdsforpligtelse.

II — De præjudicielle spørgsmål

7. I september 1998 ankede virksomheden dommen til Højesteret, der har udsat sagen og forelagt følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

1) Er artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/[...] og/eller artikel 10 i direktiv 92/85 [...] eller andre bestemmelser i de nævnte direktiver eller fællesskabsretten i øvrigt til hinder for, at en ansat opsiges på grund af graviditet, når det lægges til grund at,

   i) [...] hun blev ansat som vikar for en begrænset periode

4 — Lov nr. 161 af 12.4.1978 (lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov mv.).

ii) [...] hun vidste, at hun var gravid, men ikke oplyste arbejdsgiveren herom og

iii) graviditeten indebar, at [...] hun ikke ville kunne arbejde i en væsentlig del af ansættelsesperioden?

2) Har det nogen betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, at ansættelsen skete i en stor virksomhed, som hyppigt anvender vikaransættelser?

III — De fællesskabsretlige bestemmelser

8. Direktiv 76/207 skal ses som led i Fællesskabets bestræbelser på at virkeliggøre princippet om ligebehandling mellem mænd og kvinder for så vidt angår adgangen til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår. Det bestemmes i artikel 5, stk. 1:

»Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.«

9. Direktiv 89/391/EØF [5] om forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet er et rammedirektiv, som har været hjemmel for særdirektiver, der omhandler risici på arbejdspladsen. Artikel 15 bestemmer, at særligt følsomme risikogrupper skal beskyttes mod farer, som i konkrete tilfælde er særligt alvorlige for dem.

10. Da Rådet var af den opfattelse, at arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, må betragtes som en særlig risikogruppe, og at der måtte træffes foranstaltninger til beskyttelse af deres sikkerhed og sundhed, vedtog det direktiv 92/85, som har til formål at beskytte arbejdstagere i disse situationer.

Til imødegåelse af risikoen for, at kvindelige arbejdstagere afskediges på grund af graviditet med mulige negative følger for deres fysiske og psykiske helbred, indeholder direktivet i artikel 10, stk. 1, en for-

5 — Rådets direktiv af 12.6.1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet (EFT L 183, s. 1).

budsbestemmelse, der er formuleret som følger:

»1) Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at forbyde afskedigelse af arbejdstagere [...] i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af den [...] fastsatte barselsorlov, undtagen i særlige tilfælde, som ikke har forbindelse med deres tilstand, hvor afskedigelse er tilladt efter national lovgivning og/eller praksis, eventuelt med den kompetente myndigheds samtykke.«

IV — Den danske lovgivning

11. Ligebehandlingsloven gennemfører direktiv 76/207 i den nationale lovgivning, og lov nr. 412 af 1. juni 1994 gør det samme for så vidt angår direktiv 92/85.

12. Det fremgår af ligebehandlingslovens § 9, at en arbejdsgiver ikke må afskedige en lønmodtager, fordi den pågældende har fremsat krav om udnyttelse af retten til barselsorlov, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption.

13. Samme lovs § 16 har følgende ordlyd:

»1. Afskediges en lønmodtager i strid med § 9, skal afskedigelsen underkendes, såfremt der nedlægges påstand herom, medmindre det i særlige tilfælde efter en afvejning af parternes interesse findes åbenbart urimeligt at kræve ansættelsesforholdet opretholdt eller genoprettet.

2. Afskediges en lønmodtager i strid med § 9, uden at afskedigelsen underkendes, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse.

[...]

4. Såfremt en afskedigelse finder sted under graviditet, barsel eller adoption, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen ikke er begrundet i disse forhold.

[...]«

V — Retsforhandlingerne for Domstolen

14. Under retsforhandlingerne er der inden for den fastsatte frist i artikel 20 i statutten

for Domstolen indgivet skriftlige indlæg af appellanten og indstævnte i hovedsagen, af EFTA-Tilsynsmyndigheden[6] og af Kommissionen.

I retsmødet, der fandt sted den 29. marts 2001, blev der afgivet mundtlige indlæg af appellanten, indstævnte, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Kommissionen.

VI — Stillingtagen til de præjudicielle spørgsmål

A — *Det første spørgsmål*

15. Spørgsmålet omhandler gyldigheden af Marianne Brandt-Nielsens afskedigelse og afskedigelsens mulige berettigelse.

16. Appellanten i hovedsagen har gjort gældende, at de omhandlede direktiver ikke omfatter opsigelse på grund af graviditet under de omstændigheder, der gør sig gældende for denne ansatte, og at afvisningen af at ansætte en gravid kvinde eller afskedigelsen af hende kun er i strid med fællesskabsretten, når der er tale om en tidsubegrænset ansættelse. Efter appellantens opfattelse kan ligebehandlingsprincippet ikke udvides til også at omfatte et ansættelsesforhold af begrænset varighed, hvor den ansattes fravær på grund af barselsorlov i væsentligt omfang vil vanskeliggøre udførelsen af de arbejdsopgaver, der er formålet med at indgå ansættelseskontrakten. Det forhold, at den ansatte skjuler sin graviditet på ansættelsestidspunktet, må endvidere efter appellantens opfattelse tillægges afgørende betydning, når der er tale om tidsbegrænsede ansættelsesforhold.

Appellanten er endvidere af den opfattelse, at de omstændigheder, der gjorde sig gældende i forbindelse med den ansattes opsigelse, falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 92/85, idet der i medfør af direktivets bestemmelser under ingen omstændigheder kan pålægges en arbejdsgiver ensidige forpligtelser.

17. Indstævnte i hovedsagen har gjort gældende, at hendes opsigelse skyldtes graviditeten, og hun anser den for at være udtryk for direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. Den ulempe, som barselsorloven medfører for arbejdsgiveren, er ikke mere byrdefuld for en arbejdsgiver, der har indgået en aftale om et tidsbegrænset ansættelsesforhold, end for en arbejdsgiver, der har indgået en aftale om et tidsubegrænset ansættelsesforhold, og ulempen kan ikke begrunde forskelsbehandlingen. I ingen af de to direktiver, som ønskes fortolket, tillægges kontraktens varighed nogen betydning, og beskyttelsen i henhold

6 — Jf. statuttens artikel 20, stk. 3, som ændret ved Det Europæiske Fællesskabs erklæring om EFTA-staternes rettigheder for De Europæiske Fællesskabers Domstol, optaget som bilag til slutakten til erklæringen om Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT 1994 L 1, s. 523 ff., især s. 567).

til direktiverne er heller ikke betinget af, at arbejdstageren har udøvet sin beskæftigelse i en minimumsperiode.

Efter Marianne Brandt-Nielsens opfattelse må arbejdsgiveren bære de omkostninger, der er forbundet med barselsorloven, og hun har i den forbindelse påpeget, at Tele Danmark i hendes tilfælde måtte have undværet hende i kortere tid end den, hun havde været berettiget til, hvis der havde været tale om en tidsubegrænset ansættelse. Hun har anført, at hun havde til hensigt at forblive i stillingen, indtil hun skulle føde, og at hun — hvis hun ikke var blevet opsagt — ville kunne have arbejdet fire ud af de seks måneder, eftersom fødslen fandt sted den 13. november 1995. Hun har desuden anført, at det forhold, at hun var vidende om sin tilstand, da hun indgik ansættelsesaftalen, ikke har nogen relevans for sagen, idet den gensidige loyalitetsforpligtelse, der er mellem parterne, ikke indebærer en forpligtelse for arbejdstageren til at oplyse arbejdsgiveren om kendt graviditet.

18. EFTA-Tilsynsmyndigheden er af den opfattelse, at direktiv 92/85, der udelukkende vedrører beskyttelsen af gravide arbejdstagere, indeholder bestemmelser, der er mere konkrete end bestemmelserne i direktiv 76/207, herunder bestemmelser om beskyttelse mod afskedigelse og garanti for de rettigheder, der er forbundet med ansættelsesforholdet. Førstnævnte direktiv er desuden mere specifikt, mere detaljeret og af nyere dato. Af disse grunde finder Tilsynsmyndigheden, at spørgsmålene skal besvares i lyset af direktiv 92/85, hvis artikel 10 opregner en række betingelser, der skal være opfyldt for, at arbejdsgiveren kan skride til afskedigelse. Disse betingelser, der er kumulative og vanskelige at opfylde, anser Tilsynsmyndigheden ikke for at være opfyldt i Marianne Brandt-Nielsens tilfælde. Tilsynsmyndigheden mener, at lovgiver har villet sikre gravide arbejdstagere en mere vidtgående beskyttelse, og at hverken bestemmelserne i eller betragtningerne til direktivet støtter den antagelse, at alle kvindelige arbejdstagere uanset længden af deres individuelle ansættelseskontrakter ikke skulle være tilsikret den samme beskyttelse.

Tilsynsmyndigheden har subsidiært anført, at sagens faktiske omstændigheder skal bedømmes på grundlag af direktiv 76/207, idet det må lægges til grund, at afskedigelsen skete som følge af graviditeten. Den kvindelige ansatte blev således udsat for direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, der ikke kan begrundes med den finansielle byrde, som barselsorloven ville påføre arbejdsgiveren, og heller ikke med, at arbejdstageren ikke oplyste om sin tilstand, da hun blev ansat.

19. Kommissionen har gjort gældende, at såvel direktiv 76/207 som direktiv 92/85 finder anvendelse i denne sag, idet der i direktiverne ikke sondres mellem tidsbegrænsede og tidsubegrænsede ansættelser. Efter en fortolkning af de to direktiver når Kommissionen frem til, at en afskedigelse som omhandlet i den foreliggende sag må karakteriseres som direkte forskelsbehandling, der er i strid med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, og som i henhold til artikel 10 i direktiv 92/85 ikke må finde sted inden for beskyttelsesperioden. Ingen

af de omstændigheder, der er nævnt af den nationale ret, kan efter Kommissionens opfattelse begrunde en anden fortolkning af direktiverne.

21. Højesteret henviser i sit spørgsmål både til direktiv 76/207 og til direktiv 92/85. Uanset om man anvender det ene eller det andet direktiv, tror jeg, at man ad forskellige veje vil komme til det samme resultat.

20. Domstolen skal endnu en gang beskæftige sig med præjudicielle spørgsmål vedrørende behandlingen af gravide arbejdstagere på arbejdsmarkedet i Danmark. Som eksempel på sådanne arbejdstagere kan jeg nævne Birthe Vibeke Hertz, der blev afskediget et år efter udløbet af sin barselsorlov på grund af fravær, som skyldtes sygdom, der var forårsaget af fødslen [7], Helle Elisabeth Larsson, som blev afskediget umiddelbart efter udløbet af barselsorloven, fordi hun var ude af stand til at genoptage sit arbejde på grund af sygdom, der var forårsaget af graviditeten, og som allerede havde forhindret hende i at arbejde i fire måneder, før hun fødte [8], Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen og Pia Sørensen, som, da de efter barselsorlovens udløb forblev uarbejdsdygtige på grund af sygdom, som graviditeten havde medført, ikke fik udbetalt deres fulde løn fra arbejdsgiveren, i modsætning til hvad der gjaldt for arbejdstagere, der var uarbejdsdygtige på grund af anden sygdom, og Tina Pedersen, der var ansat af en tandlæge, der hjemsendte hende og afviste at udbetale hendes løn, da han fik meddelelse om, at fødselslægen kun tillod hende at arbejde på deltid på grund af komplikationer, der var opstået som følge af graviditeten [9]. Marianne Brandt-Nielsens tilfælde ser ud til at skulle føjes til denne saga.

22. Domstolen har ofte fortolket direktiv 76/207 på baggrund af faktiske omstændigheder, hvorunder kvinders adgang til beskæftigelse blev vanskeliggjort eller forhindret [10], eller hvorunder de arbejdsvilkår, de blev tilbudt, var forskelsbehandling på grundlag af køn [11]. I denne sammenhæng vil jeg specielt henlede opmærksomheden på den forskelsbehandling, gravide arbejdstagere udsættes for med hensyn til deres adgang til beskæftigelse og deres arbejdsvilkår. Som det vil fremgå af min redegørelse, har Danmark ikke eneret på at forskelsbehandle kvinder på arbejdsmarkedet.

23. I overensstemmelse med Domstolens faste praksis følger det af bestemmelserne i direktiv 76/207, at afskedigelse af en kvinde på grund af graviditet er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn [12]. Den ret, der har forelagt de præjudicielle spørgsmål, er bekendt med denne fortolkning, men har spurgt, om de omstændighe-

7 — Dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, »Hertz-sagen«, Sml. I, s. 3979.

8 — Dom af 29.5.1997, sag C-400/95, Larsson, Sml. I, s. 2757.

9 — Disse omstændigheder var genstand for sag C-66/96, der blev afgjort ved dom af 19.11.1998, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327.

10 — Som det f.eks. blev påvist i domme af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, og sag 79/83, Hartz, Sml. s. 1921, samt dom af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69.

11 — Som eksempler kan nævnes dom af 26.2.1986, sag 182/84, Marshall, Sml. s. 723, af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, af 25.7.1991, sag C-345/89, Stöckel, Sml. I, s. 4047, af 2.8.1993, sag C-158/91, Levy, Sml. I, s. 4287, og af 3.2.1994, sag C-13/93, Minne, Sml. I, s. 371.

12 — Dette er for første gang fastslået i præmis 13 i Hertz-dommen, der er nævnt i fodnote 7 ovenfor.

der, der forelå i forbindelse med ansættelsen af Marianne Brandt-Nielsen, kan begrunde, at man når til et andet resultat. Jeg vil i det følgende vurdere hver af disse omstændigheder særskilt:

a) Ansættelseskontrakten blev indgået med tidsbegrænsning

24. Domstolen har indtil nu afgjort to sager, hvor den direkte årsag til afskedigelsen af en kvindelig ansat har været graviditeten. I begge sager var der tale om tidsubegrænsede ansættelsekontrakter, hvilket Domstolen understregede i sin argumentation [13].

25. I den første sag blev G. Habermann-Beltermann, der var eksamineret sygehjælper inden for ældreforsorgen, ansat som nattevagt på et plejehjem. Få dage efter at hun havde påbegyndt arbejdet, blev hun sygemeldt, og hun var efterfølgende fraværende på grund af sygdom i over en måned, og lægen attesterede, at graviditeten måtte antages at være indtrådt 12 dage, før hun underskrev kontrakten. Med henvisning til § 8, stk. 1, i Mutterschutzgesetz, hvorefter gravide kvinder ikke må arbejde om natten, meddelte arbejdsgiveren hende, at ansættelseskontrakten var ugyldig.

Domstolen gentog, at opsigelsen af en ansættelseskontrakt på grund af arbejdstagerens graviditet, uanset om den erklæres ugyldig, eller om den anfægtes, kun vedrører kvinder og følgelig er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn [14]. Efter at Domstolen havde bemærket, at den ulige behandling ikke så meget var en følge af den ansattes graviditet, som af det lovmæssige forbud mod natarbejde, som var forbundet med denne tilstand, fremhævede den, at de præjudicielle spørgsmål i sagen omhandlede en kontrakt, der var indgået på ubestemt tid, og at forbuddet mod, at gravide kvinder arbejder om natten, derfor kun havde betydning for en begrænset periode, set i forhold til kontraktens samlede varighed.

26. I den anden sag var Carole Louise Webb blevet ansat med en prøvetid på tre måneder. Ved ansættelsessamtalen fik Carole Louise Webb at vide, at stillingen var ledig, fordi en anden ansat i samme afdeling, Valerie Stewart, var gravid. Valerie Stewart ville fortsætte med at arbejde til

13 — J. Jacqmain: »Pregnancy as Grounds for Dismissal«, *Industrial Law Journal* 1994, s. 355-359, specielt s. 356: »However, both the Haberman and the Webb judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the *duration of the contract of employment*«.

14 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, præmis 15.

årets udgang og vende tilbage efter endt barselsorlov, uden at denne tilbagekomst skulle indebære en afskedigelse af Caroline Louise Webb, som for at kunne afløse Valerie Stewart skulle oplæres i seks måneder. To uger efter, at Carole Louise Webb var begyndt at arbejde, blev hun klar over, at også hun var gravid, hvilket medførte, at arbejdsgiveren skriftligt meddelte hende, at han ikke havde andet valg end at afskedige hende, da hun ikke på et tidligere tidspunkt havde oplyst, at hun var gravid.

Domstolen fastslog i dommen, at i en situation som den, Carole Louise Webb befandt sig i, kan en kontrakt, der er indgået på ubegrænset tid, ikke bringes til ophør på grund af arbejdstagerens graviditet med den begrundelse, at arbejdstageren rent midlertidigt er afskåret fra at udføre det arbejde, hun er ansat til [15].

27. Virksomheden Tele Danmark har påberåbt sig denne retspraksis til støtte for sit synspunkt om, at Domstolen har ønsket at markere en klar forskel mellem ansættelseskontrakter, der er indgået på ubegrænset tid, og kontrakter, der er indgået på begrænset tid, for så vidt angår anvendelsen af princippet om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere [16].

Efter min opfattelse er der tale om en fejlagtig fortolkning af retspraksis, der lægger for megen vægt på præmissernes sproglige formulering [17]. Som jeg netop har påpeget, er det indiskutabelt, at Domstolen tidligere har udtalt sig som anført af Tele Danmark. Da Domstolen formulerede præmisserne, gengav den imidlertid blot de faktiske omstændigheder i disse sager, men antydede ikke derved, at resultatet ville være et andet, såfremt ansættelseskontrak-

15 — Dom af 4.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, præmis 27.

16 — Denne virksomhed er ikke den eneste, der har det synspunkt. En stor del af den litteratur, der har beskæftiget sig med dette emne, har antaget, at dommene kan fortolkes på den måde. Se f.eks.: C.M.S. McGlynn: »Webb v EMO: A hope for the future?«, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, s. 50-62, navnlig s. 59: »Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term«, E. Szyszczak: »The Status to be accorded to Motherhood«: Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd, *The Modern Law Review*, 1995, s. 860-866, navnlig s. 861, B. Napier: »*Webb* in Europe«, *New Law Journal*, 1994, Vol. 144, s. 1020: »What if there had been a fixed-term contract?«, og *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, s. 413, »On notera que seule l'embauche sous contrat à durée indeterminée est visée par cette solution [...] Il est permis de penser que la solution aurait été différente s'il s'était agi d'un contrat à durée déterminée« [Det skal bemærkes, at kun ansættelser i henhold til tidsubegrænsede kontrakter er omfattet af dommen [...] Det er muligt, at sagen ville have haft et anderledes udfald, hvis der havde været tale om en tidsbegrænset kontrakt].

17 — Dette var imidlertid, hvad House of Lords gjorde i sin dom, hvorved Overhuset anvendte Domstolens dom. Dommen er optaget i Domstolens database »Nationale afgørelser«, reference QP/02459-P1. N. Busby: »The unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd (No 2)«, *The Juridical Review*, 1996, s. 156-159, navnlig s. 156, »In a strict and narrow application of the preliminary ruling of the European Court of Justice [...] the House of Lords has distinguished the rights of pregnant women engaged on fixed-term contracts from those of women engaged on indefinite or open-ended contracts«. The scenario was distinguised »in order to avoid a situation likely to 'be perceived as unfair to employers and as tending to bring the law on sex discrimination into disrepute'«.

ten var tidsbegrænset i stedet for tidsubegrænset [18].

28. Mit synspunkt bygger på flere momenter. For det første indføres ved direktiv 76/207 princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, uden at der sondres mellem tidsbegrænsede og tidsubegrænsede ansættelseskontrakter.

For det andet må det konstateres, at når Domstolen har fastslået, at afskedigelsen af en arbejdstager på grund dennes graviditet er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, er denne afskedigelse i lige så høj grad udtryk for forskelsbehandling, uanset om ansættelsesforholdet er tidsubegrænset eller tidsbegrænset.

For det tredje må det konstateres, at hvis det antoges, at tidsbegrænsede ansættelsesforhold faldt uden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207, ville en stor del af ansættelsesforholdene ikke være omfattet af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse samt arbejdsvilkår, hvilket ville fratage direktivet en stor del af sin effektive virkning, og oven i købet tilskynde arbejdsgiverne til at benytte sig af tidsbegrænsede ansættelsesforhold, fordi beskyttelsesniveauet for de kvindelige ansatte derved ville blive reduceret.

Endelig vil jeg nævne, at § 4 om princippet om ikke-diskrimination i stk. 1 i den af Sammenslutningen af Industri- og Arbejdsgiverorganisationer i Europa, Det Europæiske Center for Offentlige Virksomheder og Den Europæiske Faglige Samarbejdsorganisation indgåede rammeaftale vedrørende tidsbegrænset ansættelse [19] bestemmer, at ansættelsesvilkårene for personer med tidsbegrænset ansættelse ikke må være mindre gunstige end de vilkår, der gælder for sammenlignelige fastansatte, hvis dette udelukkende er begrundet i kontraktens tidsbegrænsede varighed, og forskelsbehandlingen ikke er begrundet i objektive forhold [20]. Der er ingen tvivl om, at de omstændigheder, hvorunder afskedigelsen finder sted, er en del af arbejdsvilkårene, ligesom der heller ikke er tvivl om, at graviditeten ikke udgør et objektivt for-

18 — J.F. Lousada Arochena: »La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse« [Forbuddet mod afskedigelse af gravide arbejdstagere og forskelsbehandling på grund af graviditet: to forskellige regelsæt, der bør integreres], *Revista del Poder Judicial*, 1999, no 54, s. 563-586, navnlig s. 570: »Tanto el caso Habermann-Beltermann, como el caso Webb, hanno levantado, con razón, algunas susceptibilidades, al hacer hincapié en el hecho de ser los contratos de carácter indefinido: ¿acaso sería diferente el fallo si fuesen temporales? Esperemos que el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente« [Såvel Habermann-Beltermann-sagen, som Webb-sagen har givet anledning til visse uklarheder ved at lægge vægt på den omstændighed, at der var tale om tidsubegrænsede ansættelseskontrakter: Måske ville udfaldet af sagen have været anderledes, hvis kontrakterne havde været tidsbegrænsede? Lad os håbe, at Domstolen i påkommende tilfælde ikke vil lægge vægt på en omstændighed, som principielt er uden betydning], og Ch. Boch: *Common Market Law Review*, 1996, s. 547-567, navnlig s. 560, »This distinction — fixed term/indefinite term — is at odds with the reasoning of the Court elsewhere in the judgment«.

19 — Denne rammeaftale blev indgået den 18.3.1999 mellem de generelle tværfaglige organisationer. Den blev gennemført ved Rådets direktiv 1999/70/EF af 28.6.1999, EFT L 175, s. 43.

20 — Fristen for at tilpasse medlemsstaternes nationale lovgivning til bestemmelserne i direktiv 1999/70 udløber den 10.7.2001.

hold, der kan begrunde, at fastansatte og midlertidigt ansatte behandles forskelligt.

b) Arbejdstageren er vidende om sin graviditet på ansættelsestidspunktet og oplyser ikke arbejdsgiveren herom

29. Direktiv 76/207 indeholder ingen bestemmelser herom, hvorimod direktiv 92/85 i artikel 2, litra a), definerer den gravide arbejdstager som den, der oplyser arbejdsgiveren om sin graviditet i medfør af national lovgivning eller praksis [21].

Ifølge oplysningerne i Kommissionens skriftlige indlæg skal den gravide arbejdstager i henhold til funktionærlovens § 7 med henblik på arbejdsgiverens tilrettelæggelse af arbejdet senest tre måneder før det forventede fødselstidspunkt give oplysning om, hvornår hun påregner at begynde sin barselsorlov.

30. Af Højesterets redegørelse for de faktiske omstændigheder i kendelsen fremgår det ikke, at arbejdstageren ikke skulle have opfyldt sin forpligtelse til at oplyse arbejdsgiveren om sin graviditet i henhold til den nationale lovgivning. Jeg antager derfor, at Tele Danmarks anbringende om, at forholdet ikke blev nævnt på ansættelsestidspunktet, skal forstås på den måde, at virksomheden ikke ville have tilbudt ansøgeren stillingen, hvis den havde vidst, at ansøgeren var gravid.

31. Det fremgår imidlertid af artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207, at anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgang til stillinger.

32. Domstolen fastslog i Dekker-dommen, at kun kvinder kan nægtes ansættelse på grund af graviditet, hvorfor en sådan nægtelse er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn [22].

33. Af Mahlburg-dommen fremgår det, at anvendelsen af bestemmelserne om beskyttelse af gravide kvinder ikke må have til følge, at en gravid kvinde stilles ringere med hensyn til adgang til beskæftigelse, og at en arbejdsgiver derfor ikke må nægte at ansætte en gravid ansøger med den begrundelse, at et beskæftigelsesforbud, som er

21 — Vedrørende denne formalitet stiller J. Jacqmain sig det spørgsmål, s. 358: »Is it possible that a visibly pregnant woman who does nothing to inform her employer of her pregnancy is not protected?«

22 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Sml. I, s. 3941, præmis 12.

begrundet i graviditeten, forhindrer ham i fra ansættelsesforholdets begyndelse og under hele svangerskabet at ansætte hende i den tidsubegrænsede stilling, der skal besættes [23].

34. Hvis graviditeten i medfør af direktiv 76/207 ikke er en faktor, der kan tages i betragtning ved ansættelsen af en kvinde, og afvisningen af at ansætte hende på grund af hendes tilstand er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, mener jeg ikke, at arbejdsgiveren har ret til at spørge hende, om hun er gravid. Det modsatte synspunkt ville ud over at krænke retten til privatlivets fred være ensbetydende med, at der blev lagt alvorlige hindringer i vejen for gravide kvinders adgang til arbejdsmarkedet.

Arbejdsgiveren kan følgelig ikke påberåbe sig denne manglende oplysning om graviditeten som begrundelse for den efterfølgende afskedigelse af arbejdstageren.

c) Den ansatte kunne ikke arbejde i en væsentlig del af kontraktens løbetid

35. I Dekker-dommen behandledes spørgsmålet vedrørende det økonomiske tab, som barselsorloven kan påføre virksomheden. I hovedsagen havde arbejdsgiveren afvist at ansætte en gravid kvinde med den begrundelse, at han ikke i henhold til den nederlandske lovgivning kunne få den ansattes løn under barselsorloven refunderet af sit forsikringsselskab, og at han var nødt til at betale lønnen med sine egne midler, hvis han ansatte en vikar. Det økonomiske tab, som den nederlandske arbejdsgiver ville lide ved at udbetale lønnen to gange i løbet af hele denne periode, var formentlig større end det økonomiske tab, som Tele Danmark ville have lidt.

Ikke desto mindre fastslog Domstolen ikke alene, at nægtelsen af at ansætte en gravid kvinde er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, men også, at nægtelsen af at ansætte en gravid kvinde på grund af de økonomiske konsekvenser af fravær på grund af graviditet hovedsagelig beror på graviditeten. En sådan forskelsbehandling kan ikke begrundes med argumenter vedrørende det økonomiske tab, arbejdsgiveren lider ved at ansætte en gravid kvinde under hendes barselorlov [24]. I Mahlburg-dommen blev det tilføjet, at det samme gør sig gældende med hensyn til det økonomiske tab, der forvoldes ved, at den kvinde, der ansættes, i hele svangerskabsperioden ikke kan beklæde den stilling, hun har søgt [25].

36. Webb-dommen kom også ind på spørgsmålet om, hvorvidt afskedigelsen

23 — Dom af 3.2.2000, sag C-207/98, Sml. I, s. 549, præmis 27.

24 — Nævnt i fodnote 22 ovenfor, præmis 12.

25 — Nævnt i fodnote 23 ovenfor, præmis 29.

kan begrundes med, at kvinden er ude af stand til at opfylde en af de væsentlige betingelser i ansættelseskontrakten. Dommen fastslog, at det for arbejdsgiveren nødvendigvis er en væsentlig betingelse for rigtig opfyldelse af arbejdskontrakten, at arbejdstageren er til stede, men at den beskyttelse, fællesskabsretten sikrer kvinden under graviditeten og efter fødslen, ikke kan være afhængig af, om det er uomgængelig nødvendigt for driften af den virksomhed, hvor hun er ansat, at hun er til stede i svangerskabsperioden. Den modsatte fortolkning ville bevirke, at bestemmelserne i direktiv 76/207 ikke fik effektiv virkning[26].

37. Jeg er enig med Domstolen i denne vurdering. Den modsatte fortolkning af direktivet ville have haft til følge, at graviditeten, som altid ledsages af et kortere eller længere fravær fra den ansattes side, kunne begrunde en afvisning af at ansætte en kvinde eller en efterfølgende afskedigelse.

38. Arbejdsgiveren i den foreliggende sag ser ud til at gå ud fra, at de første to måneder, hvor den ansatte var under oplæring, ikke hørte med til hendes arbejde. Ikke desto mindre var det Tele Danmark selv, der bestemte, at de to første måneder skulle gå med oplæring. Arbejdsgiveren kan følgelig ikke med rette påstå, at Marianne Brandt-Nielsen kun arbejdede nogle få dage, når hun faktisk befandt sig i virksomheden indtil udgangen af september, og kun fratrådte, fordi hun blev sagt op.

For så vidt angår begyndelsestidspunktet for barselsorloven har den ansatte erklæret, at hun havde til hensigt at arbejde indtil et tidspunkt, der lå meget tæt på fødslen, der fandt sted midt i november. Jeg ved ikke, om dette havde været muligt for hende, fordi jeg ikke har et tilstrækkeligt kendskab til den danske lovgivning på området eller til den kollektive overenskomst, som virksomheden er omfattet af. Direktiv 92/85 er i hvert fald ikke til hinder for det, idet barselsorloven på mindst 14 sammenhængende uger ifølge artikel 8 skal omfatte en obligatorisk barselsorlov på mindst to uger fordelt før og/eller efter fødslen.

Når det tages i betragtning, at opsigelsen skete forholdsvis lang tid før fødslen, er det umuligt at vide, hvornår den ansatte ville have påbegyndt sin barselsorlov, og dette ville have været et helt afgørende faktum for at kunne tage stilling til, om hun faktisk ikke arbejdede i en væsentlig del af ansættelsesperioden.

39. Som Kommissionen har anført, burde barselsorloven endvidere ikke have større betydning i et tidsbegrænset ansættelsesforhold end i et tidsubegrænset ansættelsesforhold. Det er almindeligt kendt, at virksomhederne i de senere år i større udstrækning end tidligere har gjort brug af midlertidige ansættelser. De tidsbegrænsede ansættelseskontrakter har en tendens til at

26 — Nævnt i fodnote 15 ovenfor, præmis 26.

blive forlænget og har tabt en stor del af deres oprindelige negative præg af usikker beskæftigelse [27].

De omstændigheder, hvorunder Marianne Brandt-Nielsen blev ansat, nemlig på en seksmåneders kontrakt, hvoraf de to måneder skulle bruges til oplæring, viser efter min mening, at der var mulighed for, at den kunne forlænges en eller flere gange, eftersom to måneders oplæring af en ny medarbejder udgør en betydelig investering for en virksomhed. Jeg kan derfor ikke se nogen grund til, at arbejdstageren, der allerede var blevet oplært, ikke kunne have fortsat sit arbejde i virksomheden på en ny tidsbegrænset kontrakt efter udløbet af barselsorloven, hvis den pludselige opsigelse ikke var kommet i vejen.

40. Det er på den baggrund min opfattelse, at artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, er til hinder for, at en gravid arbejdstager i et tidsbegrænset ansættelsesforhold, som ikke oplyste virksomheden om graviditeten, da hun blev ansat, selv om hun var vidende om den, bliver afskediget med den begrundelse, at graviditeten vil forhindre hende i fuldt ud at opfylde sine forpligtelser i henhold til ansættelseskontrakten.

41. Jeg har herefter kun tilbage at vurdere de faktiske omstændigheder i sagen i lyset af artikel 10, stk. 1, i direktiv 92/85, hvorved det pålægges medlemsstaterne at forbyde afskedigelse af arbejdstagere i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af barselsorloven, undtagen i særlige tilfælde, som ikke har forbindelse med deres tilstand, hvor afskedigelse er tilladt efter national lovgivning og praksis, eventuelt med den kompetente myndigheds samtykke.

42. Domstolen har i Webb-dommen bemærket, at i betragtning af risikoen for, at en eventuel afskedigelse kan indvirke på den fysiske og psykiske tilstand hos gravide arbejdstagere, herunder den særlig alvorlige risiko for, at den gravide arbejdstager fristes til frivilligt at lade sit svangerskab afbryde, har fællesskabslovgiver ved artikel 10 i direktiv 92/85 indført en særlig beskyttelse

27 — S. Moore: »Sex, Pregnancy and Dismissal«, *European Law Review*, 1994, s. 653-660, navnlig s. 659: »Nevertheless, in the light of the unequivocal ruling of the Court of Justice that detrimental action taken against a woman on the grounds of her pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, it now seems difficult to distinguish in law between women employed pursuant to indeterminate contracts, such as Ms. Webb, and women employed pursuant to determinate contracts [...] In each case, the woman's inability to perform her contract of employment is essentially due to her pregnancy, however fundamental that inability may be in relation to the terms of the contract«.

af kvinder[28] ved at udstede forbud mod afskedigelse i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af barselsorloven[29].

43. Jeg gør først opmærksom på, at der i direktivets bestemmelser ikke sondres mellem tidsubegrænsede og tidsbegrænsede ansættelseskontrakter. Grunden hertil er ikke, at fællesskabslovgiver ikke anerkender berettigelsen af midlertidige ansættelsesforhold i et Fællesskab, hvor det som anført af EFTA-Tilsynsmyndigheden til stadighed må overvejes, hvilke midler der er bedst egnede til at gøre arbejdsmarkedet mere fleksibelt.

Den forelæggende ret har imidlertid ikke omtalt den eneste bestemmelse, der åbner mulighed for en forskellig behandling, nemlig artikel 11, stk. 4, der bestemmer, at medlemsstaterne kan gøre kvinders ret til løn eller anden ydelse under barselsorloven betinget af en forudgående arbejdsperiode, der ikke kan overstige tolv måneder før det forventede fødselstidspunkt.

28 — En beskyttelse, som er hårdt tiltrængt at domme efter en artikel i dagbladet El País den 19.3.2001: En kvindelig professionel håndboldspillers kontrakt blev sagt op, da klubben fandt ud af, at hun var gravid. Tilsyneladende indeholdt hendes kontrakt en klausul om, at graviditet blev betragtet som opsigelsesgrund. Den 23.3.2001 var der i samme dagblad en artikel om, at håndboldspilleren havde haft en spontan abort, der muligvis var forårsaget af, at hun havde spillet i en kamp, mens hun var gravid i anden måned.

29 — Nævnt i fodnote 15 ovenfor, præmis 21.

44. Hverken Højesteret eller de parter, der har afgivet indlæg i denne sag, har for Domstolen redegjort for de særlige tilfælde, som ikke har forbindelse med arbejdstagerens tilstand, hvor afskedigelse efter den danske lovgivning er tilladt på trods af graviditeten[30]. Jeg mener, at for eksempel en afskedigelse som følge af force majeure, som definitivt udelukker, at arbejdet kan udføres, eller en kollektiv afskedigelse, der er begrundet i virksomhedens økonomiske, tekniske, organisatoriske eller produktionsmæssige situation, ville udgøre et sådant særligt tilfælde[31].

Det, som er helt klart, er, at afskedigelsen ikke må have forbindelse med den ansattes graviditet. Og Marianne Brandt-Nielsens afskedigelse skyldtes netop hendes graviditet.

45. Der er herefter grundlag for at fastslå, at også artikel 10 i direktiv 92/85 er til hinder for en afskedigelse, som er sket under de ovenfor beskrevne omstændigheder.

30 — Som svar på mit spørgsmål herom under retsmødet oplyste både Tele Danmarks og Marianne Brandt-Nielsens advokat samstemmende, at den danske lovgivning ikke indeholder regler om de særlige tilfælde, der kan begrunde, at en gravid kvinde afskediges, og at domstolene tager stilling til spørgsmålet ud fra en konkret vurdering i hver sag.

31 — J. Gorelli Hernández: »Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia« [Graviditet og ligebehandlingsprincippet. Den fællesskabsretlige regulering og De Europæiske Fællesskabers Domstols retspraksis], *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, nr. 97, s. 729-768, navnlig s. 764, er af den opfattelse, at artikel 10 i direktiv 92/85 ikke er til hinder for en disciplinær afskedigelse af en gravid arbejdstager, som groft har tilsidesat sine forpligtelser, forudsat at denne tilsidesættelse ikke er begrundet i hendes tilstand.

B — *Det andet spørgsmål*

46. I fortsættelse heraf ønsker Højesteret oplyst, om det forhold, at Marianne Brandt-Nielsen blev ansat af en stor virksomhed, som hyppigt gør brug af vikaransættelser, har nogen betydning for besvarelsen af det første spørgsmål.

47. De parter, der har afgivet indlæg i sagen, er enige om, at dette spørgsmål skal besvares benægtende.

Appellanten i hovedsagen mener, at det ville være uacceptabelt, hvis arbejdstagernes retsstilling varierede alt efter virksomhedens størrelse. Hertil kan tilføjes vanskeligheden med at afgrænse størrelsen af virksomheden, og de problemer, der ville opstå, hvis kvindelige ansatte i samme situation var tilsikret en forskellig grad af beskyttelse afhængigt af størrelsen af den virksomhed, hvor de er ansat. Indstævnte i hovedsagen og Kommissionen er enige om, at denne faktor kun bør tages i betragtning, når det formål, der tilstræbes ved at gøre brug af tidsbegrænsede ansættelsesforhold, er at omgå de bestemmelser, der tildeler arbejdstagerne rettigheder. Derimod må det antages, at den ikke kan tillægges betydning for den besvarelse, som de foreslår af det første spørgsmål.

48. Jeg er enig i disse synspunkter. For det første er der hverken i bestemmelserne i direktiv 76/207 om ligebehandlingsprincippet eller bestemmelserne i direktiv 92/85 om forbedring af den kvindelige ansattes sikkerhed og sundhed i sin egenskab af moder nogen forskel i anvendelsesområdet under hensyn til størrelsen af den virksomhed, som har ansat den pågældende. Som EFTA-Tilsynsmyndigheden ganske rigtigt har anført, er det kun tredje betragtning til direktiv 92/85, der henviser til traktatens artikel 118 A [32], hvori det er fastsat, at det skal undgås, at der i direktiverne pålægges administrative, finansielle og retlige byrder af en sådan art, at de hæmmer oprettelse og udvikling af små og mellemstore virksomheder. Eftersom Tele Danmark er en stor virksomhed, finder denne restriktion ikke anvendelse i denne sag [33].

49. Det samme må gøre sig gældende for så vidt angår det forhold, at den virksomhed, der har afskediget en gravid arbejdstager, som virksomheden har ansat i en tidsbegrænset stilling, hyppigt anvender denne ansættelsesform. Som jeg allerede har

32 — Som konsekvens af de ændringer, som vedtagelsen af Amsterdam-traktaten har medført, findes bestemmelsen nu i artikel 137, stk. 2, EF.

33 — Ch. Boch, s. 561, fremhæver: »the preamble to the Pregnancy Directive which the Court relies upon, also refers, in its third recital, to the need to avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings. Presumably, Air Cargo Ms Webb's employer, with 16 employees, falls within the SME category, yet the Court made no reference to this recital«.

nævnt i forbindelse med gennemgangen af den mulige betydning af ansættelsens tidsbegrænsede karakter for anvendelsen af begge direktiver, indeholder ingen af dem særlige regler herom.

Det fremgår heller ikke af sagsakterne, at formålet med, at Tele Danmark foretrækker at anvende vikaransættelser, skulle være at omgå nogle bestemmelser, der tildeler arbejdstagerne rettigheder.

50. Efter min opfattelse må dette spørgsmål herefter besvares benægtende.

VII — Forslag til afgørelse

51. Herefter foreslår jeg, at Domstolen besvarer Højesterets spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, sammenholdt med artikel 5, stk. 1, og artikel 10 i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i

henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF), er til hinder for, at en gravid arbejdstager, der er blevet ansat for en begrænset periode, og som ikke, da virksomheden ansatte hende, oplyste, at hun var gravid, selv om hun var vidende herom, opsiges, fordi graviditeten indebærer, at hun ikke fuldt ud vil kunne opfylde sine forpligtelser i henhold til ansættelseskontrakten.

2) Den omstændighed, at arbejdstageren var ansat i en stor virksomhed, der hyppigt anvender vikaransættelser, er uden betydning for besvarelsen af det første spørgsmål.«