FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 14. november 1989 *

Høje Domstol.

1. Ved to rækker af præjudicielle spørgsmål har Nederlandenes *Hoge Raad* og den danske *Højesteret* anmodet om en principiel stillingtagen til spørgsmålet om moderskab og den betydning, det skal tillægges økonomisk og socialt i vore dages Europa, når henses til det fællesskabsretlige princip om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere.

2. De faktiske omstændigheder i sag C-177/88 kan sammenfattes således: I juni 1981 ansøgte Dekker om en stilling som lærer ved Undervisningscentret for Unge Voksne, PLUS, i Wormer i Nederlandene. Den 15. juni 1981 meddelte hun Ansættelsesudvalget, at hun var gravid i tredje måned. Ansættelsesudvalget indstillede hende til bestyrelsen som den bedst egnede til stillingen. Imidlertid fik hun ved skrivelse af 10. juli 1981 meddelelse om, at centret havde besluttet ikke at ansætte hende, idet centret efter forespørgsel hos Risikofonden for Sociale Ydelser i forbindelse med Særlig Undervisning (*»Risicofonds Sociale Voorzienigen Bijzonder Ouderwijs«*) havde fået oplyst, at de dagpenge, det i givet fald skulle udbetale, ikke ville blive dækket af Risikofonden, hvorfor centret ikke ville være i stand til at ansætte en vikar i barselorlovsperioden.

3. De ansatte ved Undervisningscentret er ikke omfattet af den almindelige lov om sygeforsikring (*Ziektewet*), men derimod både af en kongelig anordning af 19. december 1967 [1] og af et reglement om dagpenge ved sygdom (*Ziekengeldreglement*), hvori der kan fastsættes afvigende regler. De rettigheder, arbejdstagere har i henhold til nævnte reglement, må imidlertid ikke være mindre gunstige end dem, der følger af en anvendelse af anordningen [2]. I henhold til anordningens artikel 3, stk. 1, sidestilles forhindring i at udføre arbejde på grund af sygdom med forhindring i forbindelse med graviditet og fødsel. Desuden bestemmer reglementets artikel 6, at »bestyrelsen [for Risikofonden] helt eller delvis kan nægte en tilsluttet udbetalingen af dagpenge ved sygdom, såfremt en forsikret er blevet uegnet til at udføre sit arbejde inden for et halvt år efter det tidspunkt, da forsikringen trådte i kraft, når den pågældendes sundhedstilstand på tidspunktet for denne ikrafttræden klart måtte lade formode, at denne uegnethed ville indtræde inden for et halvt år«. I så fald modtager den arbejdsgiver, der er forpligtet til at afholde og udbetale dagpengene [3] til de ansatte — ydelser, som han

1 — Stbl. nr. 683, udstedt i henhold til nederlandsk *Algemene Burgerlijke Pensioenwet*, den almindelige lov om alderspension for offentligt ansatte.

2 — Artikel 14 i den kongelige anordning.

3 — 100% af lønnen i atten måneder og derefter 80%, jf. artikel 4 i *Ziekengeldreglement*.

* Originalsprog: fransk.

normalt vil få refunderet af Risikofonden — ingen godtgørelse fra fonden, og må således selv bære udgiften ved disse ydelser.

4. Det fremgår af sagen, at skønt Risikofonden havde en skønsmæssig beføjelse til at afvise eller godkende at afholde de dagpenge, som Undervisningscentret skulle have udbetalt til Dekker under dennes barselorlov, havde fonden allerede tidligere og under lignende omstændigheder afvist at afholde en sådan udgift. I forelæggelsesdommen fastslås det i øvrigt, at centret ikke kan antages at have handlet fejlagtigt ved at lægge til grund, at Risikofonden ville have nægtet at godtgøre centret de ydelser, det skulle have udbetalt Dekker, såfremt man havde ansat hende.

5. De to første instanser (*Arrondissementsrechtbank*, Haarlem, og *Gerechtshof*, Amsterdam) statuerede begge, at Undervisningscentrets nægtelse af at ansætte Dekker var i strid med den nederlandske lov om ligebehandling af mænd og kvinder[4], som skulle bringe nederlandsk ret i overensstemmelse med bestemmelserne i Rådets direktiv 76/207[5]. Det synes imidlertid at fremgå af sagen, at underinstanserne fandt, at de økonomiske problemer, som Undervisningscentret ville have stået over for, såfremt det havde ansat Dekker, var af en sådan art, at nægtelsen af at ansætte hende ikke kunne anses for retsstridig.

6. *Hoge Raad*, som sagen er anket til, har forelagt Domstolen fire præjudicielle spørgsmål, hvorved den hovedsagelig ønsker en fortolkning af nævnte rådsdirektivs artikler 2 og 3 for at kunne tage stilling til dels, om nægtelse af at indgå en ansættelseskontrakt på grund af graviditet er lovlig, når henses til princippet om ligebehandling med hensyn til adgang til beskæftigelse, dels med hensyn til retsvirkningerne af en eventuel tilsidesættelse af det fællesskabsretlige princip i relation til de nationale regler om civilt erstatningsansvar.

7. Besvarelsen af spørgsmålene forudsætter imidlertid, at jeg forinden belyser visse problemer, som Kommissionen har rejst i de skriftlige indlæg. Kommissionen har anført, at direktivet ikke er gennemført korrekt i nederlandsk ret, selv om der findes en »gennemførelses«-lov, idet der i de nationale bestemmelser i Nederlandene er uoverensstemmende administrative regler. På baggrund af Domstolens dom i Marshall-sagen[6] må man herefter rejse det spørgsmål, om direktivets bestemmelser kan gøres gældende mod Undervisningscentret, når henses til, at direktiver ikke har en såkaldt »horisontal« virkning[7].

8. Jeg er her inde på et af de problemer, som er en uundgåelig følge af de uklare nationale bestemmelser, som denne sag vedrører. Således medfører den omstændighed, at den nederlandske lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse består samtidig med den kongelige anordning, hvis artikel 3 sidestiller graviditet med sygdom og derfor vel kunne være i strid med direktivet, for private, som anført i Domstolens praksis,

4 — *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* af 1.3.1980, hvorved der indsattes en ny artikel 1637ij i *Burgerlijk Wetboek* (Stbl. 1980, nr. 86).

5 — Om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39 af 14.2.1976, s. 40).

6 — Sag 152/84, dom af 26.2.1986, Sml. s. 723.

7 — Kommissionens skriftlige indlæg, s. 14 og 15 i den franske version.

»en tvetydig situation derved, at der ... opretholdes en usikkerhed med hensyn til deres muligheder for at påberåbe sig fællesskabsretten« [8].

9. En sådan uoverensstemmelse mellem nationale retsforskrifter af forskellig rang kunne efter min opfattelse i givet fald føre til, at Kommissionen i overensstemmelse med ovennævnte dom anlægger traktatbrudssag. Hvis man vil opfatte begrebet ukorrekt gennemførelse som et overordnet begreb, må det derfor antages, at den blotte omstændighed, at der findes en konkret administrativ bestemmelse, som er i strid med en mere generel lov, hvorved et direktiv er gennemført, bevirker, at direktivet ikke kan betragtes som korrekt gennemført. Selv om Domstolen i dommen i sagen Kolpinghuis Nijmegen fastslog, at

»spørgsmålet, om et direktivs bestemmelser i sig selv kan påberåbes for en national domstol, opstår kun, såfremt den pågældende medlemsstat ikke har gennemført direktivet i national ret inden for fristerne, eller hvis den har gennemført det ukorrekt« [9],

har Domstolen endnu ikke defineret begrebet ukorrekt gennemførelse. Under alle omstændigheder vil et sådant begreb dog ikke kunne defineres forskelligt, alt efter om Domstolen behandler en traktatbrudssag eller en præjudiciel sag.

10. Da der i den foreliggende sag efter Kommissionens opfattelse er tale om en ukorrekt gennemførelse af et direktiv, har den på grundlag af dommen i Marshall-sagen udledt, at direktivet kun kan påberåbes over for staten og organer, som er statslige. Med en sådan slutning vender Kommissionen efter min opfattelse dog sagen på hovedet. Domstolen har nemlig allerede understreget, at de retsundergivnes ret til ved nationale domstole at gøre direktivbestemmelser gældende mod en medlemsstat, som ikke har gennemført dem korrekt, er en mindstegaranti [10]. Den del af Domstolens praksis, der normalt betegnes som vedrørende »direktivers umiddelbare anvendelighed«, er kun en sidste mulighed for i givet fald at afhjælpe, at et direktiv ikke er gennemført eller ikke er gennemført korrekt. Når det ved en anden fremgangsmåde efter fællesskabsretten kan sikres, at Traktatens artikel 189, stk. 3, får fuld gennemslagskraft, skal denne bestemmelse anvendes, inden der tages stilling til spørgsmålet om en eventuel »umiddelbar anvendelighed«.

11. Med hensyn til *fortolkningen af national ret* i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav indeholder Domstolens praksis efter min opfattelse eksempler, der passer særdeles godt på en situation som den foreliggende. Som Domstolen så ofte har fremhævet, er

»den nationale domstol ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelser i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktivet, ... forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål for at nå det resultat, der tilstræbes ved Traktatens artikel 189, stk. 3« [11],

og dette uanset om fristen for gennemførelse af direktivet er udløbet [12].

8 — Sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, dom af 4.4.1974, Sml. s. 359, præmis 41.

9 — Sag 80/86, dom af 8.10.1987, Sml. s. 3969, præmis 15.

10 — Sag 102/79, Kommissionen mod Belgien, dom af 6.5.1980, Sml. s. 1473, præmis 12.

11 — Sag 80/86, jf. ovenfor, præmis 12; jf. også sag 14/83, Von Colson, dom af 10.4.1984, Sml. s. 1891, og sag 157/86, Murphy, dom af 4.2.1989, Sml. s. 673.

12 — Sag 80/86, jf. ovenfor, præmis 15.

12. En sådan mulighed for at påberåbe sig direktivbestemmelser omfatter ikke kun staten og organer, som i større eller mindre grad er statslige, eftersom den retsforskrift, der anvendes, er og bliver national ret, der på en måde uddybes ved hjælp af en fortolkning, som er i overensstemmelse med fællesskabsretten [13].

13. Hvis en medlemsstat ikke har gennemført et direktiv korrekt, skønt den har vedtaget en »gennemførelses«-lov, idet der findes andre mod loven stridende retsforskrifter, står det således med andre ord fast, at den nationale domstol er forpligtet til at fortolke national ret, og navnlig bestemmelserne i »gennemførelses«-loven, i lyset af direktivets krav.

14. I dommen i Mazzalai-sagen afviste Domstolen i øvrigt en indsigelse fra en medlemsstats regering om, at Domstolen ikke var kompetent, idet den fastslog:

»Domstolen er i medfør af artikel 177 bemyndiget til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af retsakter, der er vedtaget af fællesskabsinstitutionerne, uanset om disse retsakter gælder umiddelbart« [14].

15. Jeg skal dog bemærke, at mit forslag — dette følger ganske vist allerede af Domstolens praksis — fører til en sondring, der ikke ofte foretages, nemlig mellem den situation, hvor der ikke foreligger nationale retsforskrifter, hvorved direktivets mål kan nås, og direktivet påberåbes med henblik på en umiddelbar anvendelse af *direktivbestemmelser* (den såkaldte teori om »umiddelbar anvendelighed« [15]), og den situation, hvor et direktiv påberåbes alene med henblik på *fortolkningen af national ret*, herunder de nationale bestemmelser, hvorved fællesskabsbestemmelsen gennemføres (den såkaldte teori om »overensstemmende fortolkning«). Den første situation vedrører alene direktivbestemmelser, der er tilstrækkeligt præcise og ubetingede, og kan efter Domstolens praksis ikke finde anvendelse på retsforholdet mellem private, mens den anden situation er mere generel og gælder, *uanset om direktivet er umiddelbart anvendeligt* og uanset hvem der er parter i sagen.

16. Det præjudicielle spørgsmål må derfor forstås på den måde, at der kun ønskes en fortolkning af direktivet, og spørgsmålets tvetydige affattelse kan ikke betyde, at den nationale retsinstans har ønsket en klargørelse af problemet om umiddelbar anvendelighed.

17. Det er således på grundlag af Domstolens fortolkning af det pågældende direktiv, at den nationale retsinstans skal fortolke de relevante bestemmelser i den nederlandske lov.

18. Jeg skal ikke dvæle lige så længe ved de faktiske omstændigheder i sag C-179/88. Den 15. juli 1982 blev Birthe Hertz ansat hos Aldi Marked. I juni 1983 fødte hun et barn, og hun genoptog arbejdet ved udløbet af sin barselorlov. I perioden juni 1984 — juni 1985 var hun sygemeldt i 100 arbejds-

13 — Se hertil: Yves Galmot et Jean-Claude Bonichot i »La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national«, Revue française de droit administratif, janv.-févr. 1988, hvori det anføres: »En ordning, hvorefter der fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, vil således kunne sikre den fulde gennemslagskraft af direktiver netop i de tilfælde, hvor de betingelser, der kræves opfyldt for, at de kan anvendes umiddelbart i intern ret, ikke er opfyldt« (Domstolens oversættelse).

14 — Sag 111/75, dom af 20.5.1976, Sml. s. 657, præmis 7.

15 — Se dog Pierre Pescatore's betænkeligheder i: »L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification«, Dalloz Sirey, 1980, *Chronique XXV*, s. 171.

dage. Ved skrivelse af 27. juni 1985 blev hun opsagt på grund af gentagne sygefravær.

19. Ifølge forelæggelsesbeslutningen er det uomtvistet, at Birthe Hertz' fravær i perioden juni 1984 — juni 1985 skyldes fødslen.

20. *Højesteret*, som sagen er anket til, har forelagt to præjudicielle spørgsmål, hvorved det hovedsagelig ønskes oplyst dels, om direktivets bestemmelser, navnlig artikel 5, skal fortolkes således, at de forbyder afskedigelse af en kvinde som følge af sygdom, når sygdommen er forårsaget af graviditet eller fødsel, dels om — såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende — et sådant forbud gælder uden tidsbegrænsning.

21. Som jeg allerede har antydet, indebærer disse to principielle sager, at Domstolen må tage stilling til, hvilken betydning spørgsmålet om moderskab skal tillægges i vore dages Europa.

22. I lang tid behøvede erhvervslivet, som alene var forbeholdt mænd, ikke at tage hensyn til de fysiologiske forskelle mellem de to køn. Dette gælder ikke længere. Erhvervslivets krav må — om end det er vanskeligt — afvejes over for hensynet til moderskab.

23. At rejse et spørgsmål er under tiden det samme som at besvare det. Er der noget, som mere end moderskab er særegent for kvinder? Kan man forestille sig ligebehandling af kvindelige arbejdstagere med deres mandlige kolleger uden at inddrage spørgsmålet om moderskab?

24. Dette er der da også taget hensyn til i dansk lovgivning; mens direktivets artikel 2, stk. 1, omtaler »forskelsbehandling på grundlag af køn..., under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«, er der i de danske love nr. 161 og 162 af 12. april 1978 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse nævnt forskelsbehandling »navnlig i forbindelse med *graviditet* eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling« [16].

25. I Dekker-sagen må forholdet efter min opfattelse derfor være det, at nægtelse af at indgå en ansættelseskontrakt på grund af et forestående moderskab, dvs. på grund af en begivenhed, som udelukkende vedrører kvindelige arbejdstagere, er en *direkte* forskelsbehandling på grundlag af køn. For mig at se er der ikke her grund til at anvende Domstolens domme i Jenkins- [17], Bilka- [18] og Rinner-Kühn-sagerne [19], som vedrører indirekte forskelsbehandling, idet disse vedrører forhold, som teoretisk må antages at berøre begge køn — f. eks. deltidsarbejde — men som i praksis oftest viste sig at berøre kvinder og ikke mænd. Moderskab vil altid — tilgiv mig denne floskel — kun kunne vedrøre kvinder; at henvise hertil som begrundelse for at nægte ansættelse er således i sig selv en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

16 — Fremhævet af mig.
17 — Sag 96/80, dom af 31.3.1981, Sml. s. 911.
18 — Sag 170/84, Sml. 1986, s. 1607.
19 — Sag 171/88, dom af 13.7.1989, Sml. s. 2743.

26. Man kan derfor ikke hævde, at et sådant synspunkt kun kan følge af direktivets artikel 2, stk. 3, som bestemmer, at direktivet »ikke [er] til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«. Formålet med den nævnte bestemmelse er alene, at medlemsstaterne skal kunne træffe foranstaltninger, *der er i strid med* princippet om ligebehandling i den forstand, at kvindelige arbejdstagere sikres en særlig beskyttelse, f. eks. derved, at de tillægges særlige rettigheder. Der er med andre ord tale om, hvad der i amerikansk ret betegnes som »*affirmative action*«. Det var i øvrigt på grundlag af ovennævnte bestemmelse, at Domstolen i dommen i Hoffmann-sagen [20] fastslog, at nationale bestemmelser, hvorefter der alene gives moderen barselorlov, mens faderen ikke gives en tilsvarende orlov, er forenelige med direktivet. På dette sted drejer det sig derimod kun om at tilvejebringe fuld lighed mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere, således at der ikke, når de kommer ud på arbejdsmarkedet, tages hensyn til en begivenhed, som udelukkende vedrører kvindelige arbejdstagere.

27. Jeg skal endvidere understrege, at et sådant princip ikke påvirker medlemsstaternes muligheder for at fastsætte særlige betingelser om forsikrings- eller arbejdsperioder, for så vidt angår dagpenge under barselorlov. Der er tale om to forskellige forhold. En arbejdsgiver kan ikke nægte at ansætte en arbejdstager. Såfremt den kvindelige ansatte ikke opfylder en fastsat betingelse om en given forsikrings- eller arbejdsperiode, kræves det efter ligebehandlingsprincippet, at hun behandles på samme måde som mandlige ansatte og eventuelt ikke får udbetalt dagpenge.

20 — Sag 184/83, dom af 12.7.1984, Sml. s. 3047.

28. Problemet ligger snarere i — og Dekker-sagen bekræfter det til fulde — at der findes lovgivninger, hvorefter det påhviler arbejdsgiverne at afholde en del af udgifterne til dagpenge under barselorloven. I Spanien, Italien, Frankrig, Portugal og Luxembourg udbetales dagpengene af de sociale sikringsinstitutioner, mens arbejdsgiverne blot indbetaler bidrag til de forskellige sociale ordninger; i andre stater er forholdet derimod det, at arbejdsgiverne skal afholde en del af udgifterne. I Forbundsrepublikken Tyskland er ordningen således den, at der via sygeforsikringen udbetales en ydelse ved moderskab [21], mens tillægsydelsen betales af arbejdsgiveren [22]. I Belgien bevarer arbejdstageren fra begyndelsen af barselorlovperioden over for arbejdsgiveren en ret til den garanterede uge- eller månedsmindsteløn [23]. I Danmark er ordningen den, at Det Sociale Udvalg i den enkelte kommune udbetaler 90% af lønnen fra det tidspunkt, da der skønnes at være fire uger til fødslen og indtil 24 uger efter fødslen; arbejdsgiveren udbetaler dog halv løn i fem måneder, men indtræder i den ansattes rettigheder over for kommunens Sociale Udvalg [24]. I Det Forenede Kongerige udbetales dagspengene [25] af arbejdsgiveren, som får dem refunderet af staten [26].

29. For så vidt angår nederlandsk ret, skal jeg blot behandle den specielle situation for de ansatte i den særlige undervisningssektor og de problemer, Dekker-sagen har givet anledning til. Som jeg tidligere har nævnt, er forholdet her det, at forhindring i at udføre arbejde på grund af sygdom efter artikel 3, stk. 1, i den kongelige anordning si-

21 — *Mutterschaftsgeld*, § 200 RVO, maksimalt 25 DM pr. dag.

22 — *Arbeitgeberzuschuß*, § 14 i MuSchG.

23 — Artiklerne 55 og 75 i lov af 3.7.1978 om ansættelsesforhold.

24 — *Lovbekendtgørelse* nr. 949 af 23.12.1986, artikel 33, og nr. 516 af 23.7.1987, artikel 7.

25 — *Statutory Maternity Pay*.

26 — Social Security Act 1975, Social Security Act 1986, sections 46-50.

destilles med forhindring i forbindelse med graviditet eller fødsel. Artikel 6 i reglementet om dagpenge ved sygdom bestemmer som allerede nævnt, at Risikofonden kan nægte at refundere arbejdsgiveren dagpengene, såfremt en forsikret er blevet uegnet til at udføre sit arbejde inden for et halvt år efter det tidspunkt, da forsikringen trådte i kraft, når den pågældendes sundhedstilstand på tidspunktet for denne ikrafttræden klart måtte lade formode, at denne uegnethed ville indtræde inden for et halvt år.

30. Jeg er helt klar over, at såfremt Undervisningscentret havde ansat Dekker, ville det sandsynligvis have fået økonomiske problemer som følge af, at Risikofonden ikke ville have dækket udgifterne til de dagpenge, hun eventuelt ville have haft ret til. Efter min opfattelse kan der dog ikke være tale om, at ligebehandlingsprincippet, således som det for mig at se skal forstås, skal vige over for sådanne hensyn, som reelt beror på, at graviditet sidestilles med sygdom, hvilket teknisk set kan være rimeligt ved beregningen af dagpengene, men særdeles betænkeligt, såfremt dette fører til, at der nægtes ansættelse.

31. For at sikre direktivets gennemslagskraft og effektiviteten af det fællesskabsretlige princip om ligebehandling med hensyn til adgang til beskæftigelse skal medlemsstaterne træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for, at arbejdsgiverne ikke på grund af deres forpligtelse til at ansætte en gravid kvinde — når hun er den bedst egnede, hvilket ikke omtvistes i sag C-177/88 — som følge af anvendelsen af nationale bestemmelser, f. eks. om social sikring, stilles mindre gunstigt, end hvis de havde ansat en mandlig arbejdstager.

32. Jeg skal følgelig foreslå, at det første spørgsmål i sag C-177/88 besvares med, at direktivets artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at såfremt en arbejdsgiver nægter at indgå en ansættelseskontrakt med en kvindelig arbejdstager med den begrundelse, at hun er gravid, er der tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, uanset hvilke økonomiske følger en sådan nægtelse kan have for arbejdsgiveren.

33. De hensyn, der er baggrunden for dette forslag til besvarelse, indebærer også, at det andet spørgsmål efter min opfattelse må besvares med, at det ikke gør nogen forskel, om der på ansættelsestidspunktet var mandlige ansøgere.

34. Det tredje og fjerde spørgsmål vedrører en eventuel anvendelse af nationale erstatningsretlige regler. Den nationale retsinstans har i det væsentlige ønsket oplyst, om nationale bestemmelser om culpa og om eventuelle ansvarsfritagelsesgrunde finder anvendelse, når en arbejdsgiver har udøvet forskelsbehandling i strid med direktivet. Vi står her over for de klassiske problemer med hensyn til kompetencefordelingen mellem EF-retssystemet og de nationale retssystemer. I dommene i von Colson og Kamann-[27], Harz-[28] og Kommissionen mod Tyskland[29] har Domstolen allerede berørt problematikken med hensyn til sanktio-

27 — Sag 14/83, dom af 10.4.1984, Sml. s. 1891.
28 — Sag 79/83, dom af 10.4.1984, Sml. s. 1921.
29 — Sag 248/83, dom af 21. maj 1985, Sml. s. 1459.

ner for udøvelse af en af direktivet forbudt forskelsbehandling. I denne sag er spørgsmålet, om en overtrædelse af fællesskabsrettens krav kan forblive uden sanktioner, såfremt en arbejdsgiver kan påberåbe sig, at der ikke foreligger culpa, eller at der efter national ret foreligger ansvarsfritagelsesgrunde.

35. Her ville det efter min opfattelse modvirke gennemslagskraften af direktivets bestemmelser, såfremt der i en situation, hvor der er udøvet forskelsbehandling i strid med den fællesskabsretlige regel, også krævedes bevis for, at der foreligger *culpa* hos arbejdsgiveren. Efter »klassisk« civil erstatningsret skal der for at foreligge culpa være indtrådt en skade og være årsagssammenhæng mellem den culpøse og skaden. For mig at se må det under de omstændigheder forholde sig således, at der foreligger culpa på grund af selve overtrædelsen af fællesskabsbestemmelsen, det vil sige i kraft af den diskriminerende handling eller adfærd.

36. Det ville ligeledes i betydelig grad svække gennemslagskraften af det fællesskabsretlige ligebehandlingsprincip samt af den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, hvis ansvarsfritagelsesgrunde, som nødvendigvis er forskellige i medlemsstaterne retssystemer, kunne tillægges betydning. Når en kvindelig arbejdstager har bevist, at hun har været udsat for forskelsbehandling, samt ført bevis for den skade, hun derved har lidt, kan arbejdsgiveren efter min opfattelse ikke fremføre nogen internretlig fritagelsesgrund, og det tilkommer således den nationale retsinstans at sanktionere en sådan adfærd efter national ret, idet medlemsstaterne efter direktivet på det punkt står frit: Ifølge Domstolens praksis skal sanktionerne dog være »tilstrækkelig effektive til at opfylde direktivets formål« [30].

30 — Sagerne 14/83 og 79/83, jf. ovenfor.

37. Jeg skal følgelig foreslå, at det tredje spørgsmål besvares med, at når det står fast, at ligebehandlingsprincippet er tilsidesat, er det uforeneligt med direktivets artikler 2 og 3 derudover at kræve culpa hos arbejdsgiveren eller at tillade, at denne eventuelt påberåber sig en fritagelsesgrund efter national ret, naturligvis med forbehold af bestemmelserne i direktivets artikel 2, stk. 2-4.

38. Det findes herefter ufornødent at besvare det fjerde spørgsmål.

39. I Hertz-sagen er det måske i endnu højere grad nødvendigt at foretage den vanskelige afvejning mellem hensynet til ligebehandlingsprincippet og til erhvervslivets krav.

40. Hvordan skal man betragte sygeperioder, der opstår efter barselorlovens udløb, men som direkte skyldes graviditet eller fødsel? Skal man her anvende den »almindelige« ordning for sygefravær?

41. På det punkt er bestemmelserne i medlemsstaterne meget forskellige. I en række stater tages der ikke hensyn til årsagen til sygdommen, men efter lovgivningerne kræves der normalt en vis periode, inden en arbejdsgiver kan afskedige en ansat på grund af sygdom. I Irland kan arbejdsgivere i henhold til *Unfair Dismissals Act* afskedige en ansat på grund af hyppigt fravær som følge af sygdom, når den ansatte derved ikke kan udføre sit arbejde. I Luxembourg kan en arbejdsgiver bringe ansættelsesforholdet til op-

hør tre måneder efter den måned, hvor sygdommen er opstået, og for arbejdere, efter 26 uger[31]. Endelig er forholdet i Frankrig det, at en arbejdsgiver ikke kan opsige ansættelsesforholdet i den periode, hvor ansættelsesforholdet er afbrudt samt i de følgende fire uger[32]. Herefter kan arbejdsgiveren afskedige den ansatte i tilfælde af hyppigt fravær på grund af sygdom.

42. Derimod kan en italiensk arbejdsgiver i en vis periode ikke bringe en arbejdskontrakt til ophør i tilfælde af komplikationer efter barselorlovens udløb, når disse skyldes graviditet eller fødsel[33]; i henhold til artikel 2110 i Codice Civile er periodens længde fastsat i de kollektive overenskomster og varierer alt efter den ansattes anciennitet[34]. Det er ligeledes forbudt at afskedige en kvindelig arbejdstager fra graviditetens begyndelse og indtil slutningen af barnets første leveår. I græsk lovgivning sondres der mellem det særlige tilfælde, at sygdommen er forårsaget af fødslen, hvilket ikke kan begrunde en afskedigelse, medmindre arbejdsgiveren beviser, at der er tale om »tungtvejende hensyn«[35], og almindelig sygdom, hvor afskedigelse er lovlig, så snart det lovbestemte sygefravær er overskredet.

43. Jeg har været fristet til — hvorfor ikke indrømme det? — at foreslå en løsning, hvorefter patologiske tilstande, som er direkte, bestemte eller overvejende sandsynlige følger af graviditet eller fødsel skulle være sikret en form for »immunitet« i den forstand, at ligebehandlingsprincippet ville være til hinder for, at arbejdsgiveren i en rimelig periode efter den pågældende begivenhed kan afskedige den ansatte. Men på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kan der efter min opfattelse ikke opstilles et sådant krav, ligesom en sådan umiddelbart besnærende løsning nødvendigvis vil have en række negative følger, som vanskeligt ville kunne afhjælpes.

44. Således er det, som jeg har fremhævet, efter direktivets artikel 2, stk. 3, overladt medlemsstaterne at træffe passende bestemmelser vedrørende »beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«. Efter min opfattelse afstikker den bestemmelse grænsen for, hvilke forpligtelser der efter fællesskabsretten på dennes nuværende udviklingstrin påhviler medlemsstaterne. Efter direktivet kræves der fuld ligebehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere; det vil konkret sige, at det er forbudt at behandle patologiske tilstande, som skyldes moderskab, mindre gunstigt end dem, der skyldes andre forhold; direktivet pålægger på ingen måde medlemsstaterne en pligt til at vedtage bestemmelser om *positiv forskelsbehandling*, således at den ene gruppe tilfælde behandles bedre end den anden, men direktivet giver blot mulighed herfor.

45. I øvrigt kan en sådan løsning skabe alvorlige problemer. Hvis komplikationerne som følge af en fødsel nemlig er meget alvorlige, vil situationen kunne være den, at den pågældende kvindelige arbejdstager i en årrække ikke vil kunne arbejde, og arbejdsgiveren vil ikke kunne afskedige hende. Jeg

31 — Artikel 8 i lov af 12.11.1971 og artikel 8 i lov af 24.6.1970.

32 — Artiklerne L 122-25 ff. i lov om arbejdsforhold.

33 — Lov af 30.12.1971 om moderskab.

34 — I retspraksis anvendes bestemmelsen tilsyneladende ud fra en afvejning af de involverede hensyn, idet der skal forløbe en vis rimelig tid efter udløbet af den nævnte periode, inden der eventuelt kan ske afskedigelse.

35 — Artikel 15 i lov nr. 1483/1984.

kommer her — som De kan se — ind på de problemer, den nationale retsinstans har rejst med det andet spørgsmål. En sådan retsvirkning er ikke uden betydning allerede fordi den forpligter arbejdsgiveren til fortsat at beholde den pågældende, som ikke skal bidrage til udbetalingen af ydelser ved sygdom eller måske senere til invaliditetsydelser. Det kan nemlig skabe problemer for driften i en virksomhed, hvis den ikke umiddelbart kan besætte stillingen med en vikar. Men de største vanskeligheder opstår dog, hvis arbejdsgiveren, som ikke kan afskedige den kvindelige ansatte, efter loven er forpligtet, uanset om kun delvis, til direkte at bidrage til betalingen af de sociale sikringsydelser, hun har ret til, hvilket gælder efter sociallovgivningerne i visse medlemsstater. Således skal en vesttysk arbejdsgiver betale løn til en ansat, der er fraværende på grund af sygdom, i seks uger[36]. I Italien udbetales dagpenge ved sygdom i princippet af de sociale sikringsinstitutioner[37], men efter de kollektive overenskomster kan arbejdsgiverne være forpligtet til at betale supplerende ydelser efter de i loven fastsatte satser[38]. I Nederlandene er forholdet tilsyneladende det, at arbejdsgiveren kun under særlige omstændigheder — navnlig, som det fremgår af Dekker-sagen, inden for den særlige undervisningssektor og kun hvis vedkommende har ansat en lønmodtager, hvis sygdom kunne forudses — er forpligtet til at afholde udgifterne til dagpenge ved sygdom.

46. Efter min opfattelse kan de eventuelle økonomiske problemer, som en arbejdsgiver, der på sin virksomhed fortsat skal have ansat en kvindelig arbejdstager, som ikke kan udføre sit arbejde på grund af moderskab, føre til, at en række arbejdsgivere vil undlade at ansætte gravide kvinder, formentlig med en mere eller mindre tvivlsom begrundelse, eller måske endda kvinder, hvis alder lader formode, at de snart bliver gravide. Dette ville naturligvis være i strid med ligebehandlingsprincippet, men det er ikke givet, at sådanne tilfælde let kan fastslås og sanktioneres. Man kan her se, i hvor høj grad en løsning, der vil være beskyttende for de få kvinder, der har alvorlige problemer efter en fødsel — og det vil statistisk set sige en løsning, som til alt held kun omfatter en særdeles beskeden procentdel — kan indebære en risiko for alle de kvinder, der ønsker at komme ud på arbejdsmarkedet.

47. Endelig forekommer det mig, at de kriterier, som Domstolen vil kunne lægge til grund ved definitionen af, hvornår en patologisk tilstand skal være omfattet af beskyttelsen som følge af moderskab — der skal være en direkte, sikker eller overvejende sandsynlig årsagssammenhæng — samt ved fastlæggelsen af, i hvilken periode beskyttelsen skal være gældende — det vil være vanskeligt at fastsætte en rimelig periode — både vil medføre problemer for de nationale retsinstanser og for arbejdsgiveren. Hvor vanskeligt vil det ikke være for en arbejdsgiver at afgøre, om en kvindelig ansat kan afskediges! Det er åbenbart, i hvor høj grad en sådan løsning — som efter min opfattelse bestemt ikke er ganske uhensigtmæssig — forudsætter en lovgivning på fællesskabsplan eller på nationalt plan, som fastsætter detaljerede regler, navnlig med hensyn til beskyttelsens varighed og spørgsmålet om, hvem der skal bære udgiften.

36 — § 47 SGB V.

37 — Artiklerne 15-18 i lov nr. 1204 af 30.12.1971.

38 — Garofalo: *Indennità di malattia a maternità*, Milano 86; Riva-Sanseverino: *Libro quinto*, »Del Lavoro da Commentario del Codice Civile«, Bologna / Roma 1986, s. 499-503 og 515-516.

48. For mig at se må løsningen snarere søges i en sondring mellem på den ene side de normale risici som følge af graviditet og fødsel, de sædvanlige komplikationer, som undertiden medfører, at der gives en supplerende barselorlov, risici, som bør være beskyttet efter fællesskabsretten, idet de er et egentligt led af selve moderskabet, og på den anden side de patologiske tilstande, som ikke er normale risici som følge af graviditet, og som derfor må behandles på samme måde som »almindelig« sygdom. Efter min opfattelse må det være afgørende, i hvilken grad en given risiko som følge af moderskab må anses for normal. Hvis der med andre ord ikke foreligger nationale bestemmelser, hvorefter kvinder er sikret en særlig beskyttelse, må en arbejdsgiver kunne afskedige den ansatte ved barselorlovens udløb, eventuelt dog først ved udløbet af en supplerende barselorlov. Hvis en kvindelig arbejdstager således ikke længere har ret til nogen form for barselorlov, kan fravær på grund af sygdom, uanset om den er forårsaget af graviditet eller fødsel, ikke antages at være en normal risiko som følge af moderskabet, og må følgelig behandles på samme måde som fravær for enhver anden arbejdstagers vedkommende, medmindre der i national lovgivning er indført en særlig beskyttelse i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3.

49. Mere generelt må princippet om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere gå ud på, at de problemer, som kun kvinder kan have på grund af deres graviditet, løses. Men kravet om, at reglerne på arbejdsmarkedet skal ændres, kan kun gælde, for så vidt angår de risici, der »normalt« er forbundet med en fødsel. For mig at se må løsningen søges i en afvejning af de nævnte to principper.

50. Således skal kvinder kunne ansættes uanset en eventuelt forestående fødsel, som i en periode vil forhindre dem i at opfylde erhvervslivets krav. Opretholdelsen af arbejdsforholdet må derfor ikke lide under, at de ikke er til rådighed, idet en sådan manglende rådighed hører til de normale risici ved en graviditet. Såfremt en sygdomstilstand derimod ikke kan anses for en sådan normal risiko, men skyldes en egentlig patologisk tilstand, kan der efter min opfattelse derimod ikke af ligebehandlingsprincippet udledes en særlig beskyttelse; den vil kun kunne tilvejebringes gennem positiv forskelsbehandling, som i givet fald er forenelig med fællesskabsretten i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3.

51. Jeg skal herefter foreslå følgende domskonklusion:

— i sag C-177/88:

1) Artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207 af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfrem-

melse samt arbejdsvilkår skal fortolkes således, at såfremt en arbejdsgiver nægter at ansætte en kvindelig arbejdstager med den begrundelse, at hun er gravid, er der tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

2) Besvarelsen af det første spørgsmål ændres ikke, såfremt der var mandlige ansøgere til den pågældende stilling.

3) Når det står fast, at ligebehandlingsprincippet — således som det følger af direktivets artikler 2 og 3 — er tilsidesat, er de nævnte bestemmelser til hinder for, at sanktionen for tilsidesættelsen gøres betinget af, at der foreligger culpa hos arbejdsgiveren, eller at der ikke foreligger andre ansvarsfrihedsgrunde end de i artikel 2, stk. 2-4 angivne.

4) Det findes ufornødent at besvare det fjerde spørgsmål.

— i sag C-179/88:

1) Artiklerne 2, stk. 1, og 5 i samme direktiv skal fortolkes således, at medmindre andet er fastsat i henhold til artikel 2, stk. 3, er afskedigelse af en kvindelig arbejdstager efter barselorlovens udløb som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, ikke en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

2) Det findes ufornødent at besvare det andet spørgsmål.