FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 18. februar 1997 *

1. Det præjudicielle spørgsmål, som Domstolen skal tage stilling til i denne sag, er forelagt af Sø- og Handelsretten, som har anmodet om en fortolkning af visse bestemmelser 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 [1] (herefter »direktiv 76/207«).

2. Det præjudicielle spørgsmål er opstået under en tvist, der er indbragt for Sø- og Handelsretten, og hvor Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Helle Elisabeth Larsson er sagsøger og Dansk Handel & Service som mandatar for Føtex Supermarked A/S sagsøgt.

3. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Helle Elisabeth Larsson blev ansat som medarbejder hos Føtex i marts 1990. I august 1991 meddelte hun sin arbejdsgiver, at hun var gravid.

Under graviditeten var hun sygemeldt i to omgange. Hun var først sygemeldt i atten dage (fra den 7.8.1991 til den 24.8.1991). I anden omgang var hun på grund af en bækkenløsning i forbindelse med graviditeten fraværende i ca. 4 1/2 måned, nemlig fra den 4. november 1991 til den 15. marts 1992. På dette tidspunkt begyndte hendes barselsorlov, og hun fødte den 2. april 1992.

4. Den barselsorlov, som hun havde ret til, varede i 24 uger og udløb den 18. september 1992. Herefter holdt hun ferie til den 16. oktober 1992.

Mens hun havde barselsorlov og holdt ferie, var hun fortsat under behandling for bækkenløsning. Hun var på ny sygemeldt, da hendes ferie udløb, og hun blev først raskmeldt den 4. januar 1993.

5. Den 10. november 1992, dvs. mindre end en måned efter, at hun havde afsluttet sin ferie, tilstillede arbejdsgiveren hende en

* Originalsprog: spansk.

1 — EFT L 39, s. 40.

skrivelse, hvori hun blev opsagt til fratræden med udgangen af december 1992. Som begrundelse var det i skrivelsen anført: »Opsigelsen skyldes din lange fraværsperiode samt den omstændighed, at det næppe er sandsynligt, at du på et senere tidspunkt igen — af helbredsmæssige grunde — vil blive i stand til på tilfredsstillende måde at passe dit job«.

6. Helle Elisabeth Larsson anlagde sag til prøvelse af afskedigelsen og gjorde herunder gældende, at den var i strid med den danske ligebehandlingslov. Hun påstod sig tilkendt en godtgørelse på 172 602 kr., svarende til 78 ugers løn. Heroverfor gjorde sagsøgte gældende, at medmindre andet er fastsat i nationale bestemmelser, er direktiv 76/207 ikke til hinder for, at en kvinde afskediges efter endt barselsorlov som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, og at der i dansk lovgivning ikke er fastsat særlige bestemmelser, der beskytter kvinder i en sådan situation.

7. Parterne anmodede Sø- og Handelsretten om at forelægge et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 for Domstolen. I et notat af 4. april 1995 bemærkede Sø- og Handelsretten, at det i lyset af Domstolens dom i sagen Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark [2] (herefter »Hertz-dommen«) ikke var påkrævet at forelægge et sådant spørgsmål.

I sit skriftlige indlæg meddelte sagsøgte, at rettens synspunkt var taget til efterretning, mens sagsøgeren i skrivelse af 6. juli 1995 fastholdt sin begæring om, at sagen blev forelagt for Domstolen. Sagsøgeren anførte nærmere, at der efter den nævnte dom må sondres mellem sygdom, der viser sig under barselsorloven, og sygdom, der viser sig efter dens ophør, og som er en følge af graviditet eller fødsel.

8. Ved kendelse af 16. august 1995 tog Sø- og Handelsretten ikke begæringen om forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål til følge, idet retten fandt, at der ikke var grund til at tro, at Domstolen ville revidere det standpunkt, den indtog i ovennævnte dom. Sagsøgeren kærede kendelsen til Højesteret, som gav de kærende medhold.

Som følge af Højesterets kendelse afsagde Sø- og Handelsretten den 19. december 1995 en ny kendelse, hvorved den forelagde

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

følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»Omfatter bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/eøf) afskedigelse som følge af fravær efter endt barselsorlov, såfremt fraværet skyldes sygdom, der er opstået under graviditeten og fortsat under og efter barselsorlov, idet det lægges til grund, at afskedigelsen fandt sted efter endt barselsorlov?«

9. I artikel 1 i direktiv 76/207 bestemmes det:

»1. Dette direktiv tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring. Dette princip betegnes i det følgende 'princippet om ligebehandling'.

2. ...«

10. Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»1. Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

2. ...

3. Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

4. ...«

11. Endelig har direktivets artikel 5 følgende ordlyd:

»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.«

12. I henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen er der inden for den fastsatte frist indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen, af Det Forenede Kongerige, af den nederlandske regering og af Kommissionen, og der er i retsmødet afgivet mundtlige indlæg af sagsøgeren, af sagsøgte, af den danske regering, af Det Forenede Kongerige og af Kommissionen.

13. Sagsøgeren har anført, at Domstolen i Hertz-dommen opstiller en sondring mellem på den ene side sygdomme, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, og som viser sig under graviditeten eller barselsorloven, og hvor man bliver rask efter udløbet af den pågældende periode, og på den anden side sygdomme, som viser sig efter barselsorlovens ophør. I modsat fald ville spørgsmålet om, hvorvidt en kvindelig arbejdstager, der rammes af sygdom, er beskyttet i henhold til de fællesskabsretlige principper, alene bero på den enkelte medlemsstats tidsmæssige rammer for barselsorloven.

Sagsøgeren har tilføjet, at det eneste sygefravær, der kan komme i betragtning, er det, der begyndte i midten af oktober 1992 efter den beskyttelsesperiode, der omfatter graviditeten og barselsorloven, og efter at sagsøgeren havde afsluttet sin ferie. Da sagsøgeren blev afskediget den 10. november, havde hun været fraværende på grund af sygdom i mindre end fire uger, et fravær, der i alle henseender er meget kort, og som ikke ville have ført til afskedigelse, såfremt der var tale om en mand.

14. Det sagsøgte selskab har anført, at det på det tidspunkt, hvor sagsøgeren blev opsagt, ikke var bekendt med den nærmere baggrund for sagsøgerens sygefravær under graviditeten og efter endt barselsorlov. I lyset af ordlyden af de bestemmelser i direktiv 76/207, som den nationale ret har ønsket fortolket, direktivets forarbejder, Hertz-dommen og generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i Hertz-sagen må det præjudicielle spørgsmål ifølge sagsøgte besvares benægtende. Sagsøgte har gjort gældende, at den omstændighed, at sagsøgeren under graviditeten, under barselsorloven og efter endt barselsorlov var fraværende på grund af sygdom forårsaget af graviditeten, ikke medfører en anderledes retsstilling end retsstillingen for sagsøgeren i Hertz-sagen, idet de begge blev afskediget efter endt barselsorlov i henhold til dansk lovgivning, hvorefter kvinder kun er beskyttet mod afskedigelse som følge af fravær på grund af graviditet og fødsel i højst 24 uger efter fødslen.

15. I retsmødet koncentrerede den danske regering sit indlæg om to aspekter i den foreliggende sag. For det første fremhævede regeringen forskellen mellem de omstændigheder, der førte til, at Birthe Vibeke Hertz blev afskediget, og omstændighederne omkring Helle Elisabeth Larsson's afskedigelse. Således blev Birthe Vibeke Hertz først syg nogle måneder efter, at hun havde genoptaget arbejdet, men hun var i alt sygemeldt i 100 arbejdsdage i løbet af et år. Derimod blev Helle Elisabeth Larsson syg under graviditeten, og hun fik ikke mulighed for at genoptage sit arbejde efter fødslen, idet hun blev afskediget, inden der var forløbet fire uger efter, at hun havde kunnet genoptage arbejdet. Dernæst påpegede regeringen, at Helle Elisabeth Larsson's sygefravær må opdeles i fire forskellige perioder, nemlig for det første den, hvor hun var fraværende på grund af sygdom forårsaget af graviditeten, men inden fødslen, for det andet barselsorloven, for det tredje hendes ferie og for det fjerde hendes fortsatte fravær på grund af en sygdom forårsaget af graviditeten. Denne sidste fraværsperiode er den eneste, der kan tages i betragtning i forbindelse med hendes afskedigelse.

Den danske regering har foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares med, at bestemmelserne i direktiv 76/207 er til hinder for at afskedige en kvindelig arbejdstager efter barselsorlovens udløb, såfremt afskedigelsen begrundes med hendes fravær fra arbejdet, mens hun var gravid, og fraværet skyldes en sygdom forårsaget af graviditeten, og/eller med hendes fravær under barselsorloven.

16. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at der ikke skal sondres mellem, om sygdommen første gang viser sig under eller efter barselsorloven. Ifølge regeringen ligger der til grund for Hertz-dommen et princip om, at det efter direktivet kræves, at kvinder beskyttes mod forskelsbehandling på grundlag af graviditet og de farer og komplikationer, som følger heraf. Denne beskyttelse skal omfatte det forhold, at medlemsstaterne fastsætter en barselsorlovsperiode, der er tilstrækkelig til at omfatte normale følger af graviditeten. Beskyttelsen efter direktiv 76/207 går ikke videre, idet medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, kan gennemføre en yderligere beskyttelse, hvis de ønsker det, men de er ikke forpligtet hertil.

En kvinde, som uden for den barselsorlovsperiode, som er fastsat i national ret, lider af graviditetsbetinget sygdom, skal derfor behandles på samme måde som en hvilken som helst anden sygdomsramt arbejdstager, det være sig mandlig eller kvindelig, og det er i den henseende uden betydning, om kvindens sygdom er opstået under eller efter barselsorlovsperioden. Regeringen har foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares med, at medmindre andet er fastsat i nationale bestemmelser udstedt i medfør af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, er direktivets artikel 5, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, ikke til hinder

for afskedigelse af en kvinde som følge af fravær uden for den barselsorlovsperiode, som er fastsat i national lovgivning, selv om fraværet skyldes en sygdom, som er opstået på grund af graviditet, såfremt den barselsorlovsperiode, som er fastsat, er tilstrækkelig til at omfatte normale følger af graviditet, og en mand, som er sygemeldt i en lignende periode, når bortses fra barselsorlovsperioden, ligeledes ville være blevet afskediget.

17. Den nederlandske regering har anført, at når der er tale om fravær efter endt barselsorlov som følge af sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel, er afskedigelse ikke i strid med artikel 5, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207. Regeringen har påpeget, at medlemsstaterne i medfør af direktivets artikel 2, stk. 3, kan træffe foranstaltninger, hvorved der indrømmes kvinder en særlig beskyttelse i forbindelse med graviditet eller fødsel, men der er ikke tale om en forpligtelse hertil. Regeringen har tilføjet, at i henhold til artikel 10, stk. 1, i direktiv 92/85/EØF [3] (herefter »direktiv 92/85«), skulle medlemsstaterne senest den 19. oktober 1994 træffe de nødvendige foranstaltninger til at forbyde afskedigelse af gravide arbejdstagere, arbejdstagere, som lige har født, og ammende arbejdstagere i perioden fra graviditetens indtræden til barselsorlovens udløb, undtagen i særlige tilfælde, som ikke har forbindelse med deres tilstand, og hvor afskedigelse er tilladt efter national lovgivning, eventuelt med den kompetente myndigheds samtykke.

Regeringen har tilføjet, at det er denne periode, fællesskabslovgiver har anset for tilstrækkelig til at sikre arbejdstagere den nødvendige beskyttelse mod afskedigelse i forbindelse med fravær på grund af graviditet eller fødsel, men medlemsstaterne er ikke forpligtet til at indføre en mere vidtgående beskyttelse. Sammenfattende har regeringen foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares benægtende.

18. Kommissionen har indledningsvis beklaget, at der i sagen ikke foreligger oplysninger om national ret eller de overenskomstregler, der er gældende for arbejdsforholdet, og navnlig, at der ikke er oplysninger om, hvorvidt en sygdomsperiode under graviditeten kan lægges sammen med sygdomsfravær efter barselsorloven, når sygefraværsperioden skal beregnes.

Ifølge Kommissionen indebærer besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål en stillingtagen til to problemer: For det første, om Hertz-dommen også omfatter det tilfælde, at sygdommen er opstået under graviditeten og

3 — Rådets direktiv 92/85/EØF 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.

er fortsat under barselsorloven, men arbejdstageren først raskmeldes efter barselsorlovens udløb, og for det andet, om det strider mod fællesskabsretten, hvis arbejdsgiveren ved beregningen af den periode, der efter national ret kan give grundlag for opsigelse, tager hensyn til fravær dels i perioden fra graviditetens indtræden og indtil påbegyndelse af barselsorlov, og dels til fravær under barselsorloven. Kommissionen har i den henseende fremhævet, at der som begrundelse for Helle Elisabeth Larsson's afskedigelse blev henvist til hendes »lange fraværsperiode«, men i betragtning af, at hendes barselsorlov udløb den 18. september 1992, og at hun derefter holdt en måneds ferie, havde hun på det tidspunkt, hvor hun blev afskediget, været fraværende på grund af sygdom i mindre end en måned.

19. Såfremt arbejdsgiveren i relation til afskedigelsen medregner barselsorlovsperioden som fravær, er der ifølge Kommissionen tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, idet afskedigelsen i så fald er begrundet i et forhold, der alene berører kvinder. For så vidt angår afskedigelse på grund af fravær som følge af almindelig sygdom under graviditeten, var fællesskabsretten, inden direktiv 92/85 trådte i kraft, ikke til hinder for afskedigelse af kvinder, når mænd afskediges på samme vilkår. I tilfælde af sygdom, som er forårsaget af graviditeten, og som viser sig inden barselsorlovens påbegyndelse, hælder Kommissionen ud fra flere mulige løsninger til den anskuelse, at det på grundlag af Domstolens praksis må være i strid med bestemmelserne i direktiv 76/207, hvis arbejdsgiveren som begrundelse for en afskedigelse tager hensyn til perioder, hvor en gravid kvinde har været fraværende på grund af sygdom, når sygdommen er forårsaget af graviditeten. Efter Kommissionens opfattelse er det forbud mod afskedigelse af en kvinde i perioden fra graviditetens indtræden til barselsorlovens udløb, der er indført ved artikel 10, stk. 1, i direktiv 92/85, blot en regelfastsættelse af den tidligere gældende retstilstand.

Kommissionen har foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 5, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 ikke er til hinder for afskedigelse efter barselsorlovens udløb på grund af sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel, medmindre afskedigelsen helt eller delvis begrundes med fravær under graviditeten eller barselsorloven.

20. I de skriftlige indlæg, de har indgivet til Domstolen, har både parterne i hovedsagen og Det Forenede Kongerige, den nederlandske regering og Kommissionen understreget, i hvor høj grad der er lighed mellem det spørgsmål, der blev forelagt og taget stilling til i Hertz-dommen, og det spørgsmål, der er forelagt i denne sag. Jeg er enig i, at de to sager har visse lighedspunkter, men de er forskellige på ét afgørende punkt, som jeg vil behandle indgående.

21. I Hertz-sagen var de faktiske omstændigheder som følger: Birthe Vibeke Hertz blev den 15. juli 1982 ansat på deltid som kasserer og ekspedient i et supermarked. Et år efter fødte hun en søn efter et kompliceret svangerskab; efter aftale med arbejdsgiveren var hun sygemeldt under det meste af svangerskabet. Efter udløbet af barselsorloven 24 uger efter fødslen genoptog hun arbejdet i slutningen af 1983, og indtil juni 1984 havde hun ingen helbredsmæssige problemer. Fra juni 1984 til og med juni 1985 var hun sygemeldt i 100 arbejdsdage. Der var mellem parterne enighed om, at sygdommen var forårsaget af hendes graviditet og fødsel.

I juni 1985 opsagde arbejdsgiveren hende med det ved lov fastsatte varsel på fire måneder, idet arbejdsgiveren anførte, at årsagen til opsigelsen var hendes gentagne fravær, og at det var normal praksis, at arbejdstagere blev afskediget i sådanne tilfælde.

22. Den nationale ret, der skulle afgøre sagen, anmodede Domstolen om at fortolke artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, idet den ønskede oplyst, om de nævnte bestemmelser omfatter afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, og, i bekræftende fald, om beskyttelsen mod afskedigelse som følge af en af graviditet eller fødsel forårsaget sygdom gælder uden tidsbegrænsning.

23. I dommen fastslog Domstolen, at »med hensyn til sygdom, der viser sig efter barselsorlovens udløb, er der ikke grundlag for at sondre mellem sygdomme, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, og andre sygdomme. En sådan patologisk tilstand er derfor omfattet af de almindelige bestemmelser om sygefravær« [4], og Domstolen besvarede de forelagte spørgsmål med, at medmindre andet er fastsat i nationale bestemmelser udstedt i medfør af artikel 2, stk. 3, i Rådets direktiv 76/207, er direktivets artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, ikke til hinder for afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel.

24. En sammenligning mellem de to sager viser, at der er visse lighedspunkter, idet både Birthe Vibeke Hertz og Helle Elisabeth Larsson blev afskediget af deres respektive arbejdsgivere efter barselsorlovens udløb, og den angivne begrundelse var i begge tilfælde fravær som følge af en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel.

4 — Nævnt ovenfor i note 2, præmis 16.

25. Såfremt den eneste forskel mellem de to sager var, at Birthe Vibeke Hertz' sygdom opstod efter barselsorlovens udløb, mens sygdommen for Helle Elisabeth Larsson's vedkommende allerede opstod under graviditeten, måtte svaret på det præjudicielle spørgsmål i denne sag blive det samme som i Hertz-sagen. I Hertz-dommen fastslog Domstolen således, at »mænd og kvinder er i samme grad udsat for at blive syge. Selv om visse sygdomme er kønsbetingede, må det afgørende spørgsmål være, om kvinder afskediges som følge af sygefravær på samme vilkår som mænd; i så fald er der ikke tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af køn [5].«

26. Efter min opfattelse bør Domstolen imidlertid ikke begrænse besvarelsen af det forelagte spørgsmål på en sådan måde, men bør gå videre, idet denne forskel mellem de to sager for mig at se ikke er den eneste. En fornyet sammenligning mellem de to sager viser, at for Birthe Vibeke Hertz' vedkommende udgjorde det sygefravær, som var begrundelsen for, at hun blev afskediget, i alt 100 arbejdsdage i løbet af et år, og de lå alle efter barselsorlovens udløb. For så vidt angår Helle Elisabeth Larsson blev hun opsagt, inden der var gået en måned efter det tidspunkt, hvor hun kunne have genoptaget sit arbejde efter barselsorlovens udløb, og efter at hun havde holdt ferie.

Efter min opfattelse må jeg derfor se nærmere på den mulighed, at man ved afskedigelsen af Helle Elisabeth Larsson ikke alene tog hensyn til den nævnte periode, men også til de ca. fem måneder, hvor hun var sygemeldt under graviditeten, og derefter tage stilling til, om dette er foreneligt med det princip om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, der er fastsat i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207.

27. Det havde været ønskeligt, om den forelæggende ret havde givet yderligere oplysninger om gældende dansk lovgivning vedrørende afskedigelse som følge af fravær fra arbejdet, navnlig om afskedigelser, der begrundes med sygefravær. Uanset hvorledes gældende lovgivning er, er det klart, at for så vidt angår afskedigelse skal mandlige og kvindelige arbejdstagere behandles på samme måde, dvs. uden forskelsbehandling på grundlag af køn.

28. Med henblik på, at besvarelsen af det forelagte spørgsmål bliver så fyldestgørende som mulig, vil jeg i første omgang se nærmere på de situationer, som en kvinde, der har født, kan befinde sig i, når der er tale om fravær fra arbejdet af lægelige grunde.

5 — A.st., præmis 17.

Derefter, og for det tilfælde, at der ved afskedigelsen af Helle Elisabeth Larsson er taget hensyn til de ca. fem måneder, hvor hun var sygemeldt under graviditeten, vil jeg — ud fra Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207 samt generaladvokat Darmon's opfattelse [6] og generaladvokat Tesauro's opfattelse [7], som jeg deler, og hvorefter det ud fra hensynet til at tilvejebringe fuld lighed mellem mænd og kvinder for så vidt angår beskæftigelse kræves, at der hverken på ansættelsestidspunktet eller under ansættelsesforholdet tages hensyn til en begivenhed, som pr. definition kun rammer kvinder — undersøge, om en sådan afskedigelse opfylder de betingelser, der er en følge af princippet om ligebehandling, eller om arbejdsgiveren gjorde sig skyldig i direkte forskelsbehandling på grundlag af køn ved at tage hensyn til en situation, som kun kvinder kan befinde sig i.

Sygefravær efter barselsorlovens udløb

29. Som jeg allerede har bemærket ovenfor i punkt 25, er det min opfattelse, at med hensyn til sygefravær efter barselsorlovens udløb må Hertz-dommen lægges til grund, uanset hvornår sygdommen viser sig, og selv om den er forårsaget af graviditet eller fødsel. For så vidt angår Helle Elisabeth Larsson indebærer det, at i relation til afskedigelsen må der tages hensyn til det sygefravær, som hun havde efter at have holdt ferie, på samme måde som man ville gøre det over for en mandlig arbejdstager.

Barselsorloven

30. Som bekendt var det medlemsstaterne, der før den 19. oktober 1994, hvor fristen for at gennemføre bestemmelserne i direktiv 92/85 i national ret udløb, havde kompetence til at vedtage bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet og moderskab, jf. artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207, som — hvilket man ikke må glemme — omhandler princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår bl. a. arbejdsvilkår. Barselsorloven, som i henhold til dansk lovgivning var 24 uger for Helle Elisabeth Larsson's vedkommende, er det mest karakteristiske eksempel på bestemmelser til beskyttelse af kvinder, som medlemsstaterne har udstedt i henhold til ovennævnte bestemmelse.

Da der er tale om en undtagelse fra princippet om ligebehandling, hvis formål er, at

6 — Jf. forslag til afgørelse i den sag, hvor Domstolen afsagde dom den 8.11.1990 (sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941 ff., navnlig på s. 3961, punkt 26).

7 — Jf. forslag til afgørelse i den sag, hvor Domstolen afsagde dom den 14.7.1994 (sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567 ff., navnlig på s. 3573, punkt 8).

en kvinde, som har født, fritages for sine forpligtelser over for arbejdsgiveren i en bestemt periode, er det min opfattelse, at ikke alene kan hun ikke afskediges, så længe denne periode varer, men der kan heller ikke tages hensyn til hendes fravær fra arbejdet som begrundelse for en efterfølgende afskedigelse. En sådan fortolkning er en umiddelbar følge af Hertz-dommen, hvor Domstolen bemærkede: »... direktivet [tillader] udfærdigelse af nationale bestemmelser, der sikrer kvinder særlige rettigheder i forbindelse med graviditet og moderskab, som f.eks. barselsorlov. *I den barselsorlovsperiode, der tilkommer en kvinde efter national ret, er hun således beskyttet mod afskedigelse som følge af sit fravær* ...« [8].

Sygefravær under graviditeten

31. Spørgsmålet er ikke reguleret i fællesskabsretten, og Domstolen har heller ikke taget stilling til det. Da det ikke er reguleret af hver enkelt medlemsstat, og der i medfør af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 er fastsat en forskellig behandling, må spørgsmålet løses på grundlag af direktivets artikel 5, stk. 1, hvorefter anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at mænd og kvinder sikres samme arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår.

32. Det står fast, at efter artikel 10 i direktiv 92/85 pålægges det medlemsstaterne at forbyde afskedigelse af kvindelige arbejdstagere i perioden fra graviditetens indtræden til barselsorlovens udløb, men efter min opfattelse kan det problem, jeg her behandler, af flere grunde ikke løses på grundlag af den bestemmelse.

For det første, fordi Helle Elisabeth Larsson hverken blev afskediget, mens hun var gravid, eller under barselsorloven, men først efter barselsorlovens udløb (og her ser jeg bort fra, at fristen for at gennemføre direktivets bestemmelser i national ret udløb efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag).

For det andet, fordi der i direktiv 92/85, hvis indhold klart har beskyttelsesformål for øje, er fastsat bestemmelser om særlig behandling af kvinder, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, idet det særlige formål er at forbedre sikkerheden og sundheden under arbejdet. Fællesskabslovgiver har således i niende betragtning til direktivet fastslået, at den nævnte beskyttelse ikke må føre til forringelse af kvindernes stilling på arbejdsmarkedet og ikke må berøre bestemmelserne i direktiverne om ligebehandling af mænd og kvinder.

8 — Hertz-dommen, jf. note 2, præmis 15. Min fremhævelse.

Og endelig fordi det — selv for det tilfælde, at det nævnte forbud mod afskedigelse i en begrænset periode, som er begrundet i, at risikoen for, at en kvindelig arbejdstager afskediges af grunde, som er forbundet med hendes tilstand, kan skade hendes fysiske og psykiske tilstand [9], måtte finde anvendelse i den foreliggende sag — fortsat er uvist, om sygefravær under graviditeten og sygefravær før og/eller under graviditeten kan tages i betragtning ved beregningen af det samlede fravær, som måtte begrunde en afskedigelse, der har fundet sted efter barselsorlovens udløb.

33. Ved afgørelsen af, om sygefravær under graviditeten kan betragtes som fravær, der kan føre til en afskedigelse, som respekterer de betingelser, der følger af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, må der sondres på grundlag af årsagen til sygdommen. Jeg har vanskeligt ved at se noget objektivt hensyn, der kan begrunde, at en gravid kvindes fravær fra arbejdet på grund af en almindelig sygdom ikke i relation til afskedigelsen skal lægges til grund over for hende på samme måde som over for en mand, selv om en arbejdsgiver efter den 19. oktober 1994 for at kunne afskedige en gravid kvinde må afvente, at hendes barselsorlov udløber. Efter min opfattelse tilsiger en anvendelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, at sådant fravær tages i betragtning.

34. Kan en gravid kvindes sygefravær behandles på samme måde, når sygdommen er forårsaget af graviditeten?

Jeg mener, at dette spørgsmål må besvares benægtende, og det af to grunde.

35. Den første er baseret på en anvendelse af Domstolens praksis. Selv om Domstolen endnu ikke har taget stilling til spørgsmålet, har den nemlig meget klart formuleret, hvorledes afskedigelse af en kvinde som følge af, at hun er gravid, skal kvalificeres. Jet tænker her på Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207, som — for så vidt som den er relevant for den foreliggende sag — kan sammenfattes som følger:

— Afskedigelse af en kvinde på grund af graviditet er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, mens afskedigelse af en kvinde på grund af hyppigt sygefravær, som ikke er forårsaget af graviditet eller fødsel, ikke er direkte forskels-

9 — Femtende betragtning.

behandling på grundlag af køn, såfremt også mænd med et sådant sygefravær afskediges [10].

— En graviditet kan på ingen måde sammenlignes med en patologisk tilstand, endsige med et fravær, der ikke har lægelige årsager, idet begge disse situationer kan begrunde, at en kvinde afskediges, uden at afskedigelsen af den grund er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af køn [11].

— Den omstændighed, at en ansættelseskontrakt, der er indgået på ubestemt tid, bringes til ophør på grund af arbejdstagerens graviditet, kan hverken begrundes med, at et lovfæstet forbud, der gælder på grund af graviditeten, midlertidigt afskærer den ansatte fra at udføre natarbejde, og heller ikke med, at hun er ude af stand til at opfylde en af de væsentlige betingelser i arbejdskontrakten [12].

36. På grundlag af ovennævnte afgørelser ville det efter min opfattelse være klart selvmodsigende, såfremt man på den ene side hævder, at afskedigelse af en kvinde på grund af hendes graviditet er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, at graviditet ikke kan sammenlignes med sygdom, eller at afskedigelse af en gravid kvinde ikke kan begrundes med, at hun er ude af stand til at opfylde en af de væsentlige betingelser i arbejdskontrakten, og på den anden side accepterer, at de perioder, hvor en gravid kvinde har været sygemeldt som følge af en sygdom, der er forårsaget af graviditeten, skulle kunne tages i betragtning i relation til en afskedigelse, der foretages efter barselsorlovens udløb.

37. Den anden begrundelse er baseret på en anvendelse af det ligebehandlingsprincip, der er fastsat i artikel 5, stk. 1, og hvorefter det kræves, at mænd og kvinder i tilfælde af afskedigelse sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.

38. Som allerede nævnt blev Helle Elisabeth Larsson afskediget efter barselsorlovens udløb, hvilket med arbejdsgiverens ord skyldtes hendes »lange fraværsperiode«. Det er imidlertid ubestridt, at opsigelsen blev meddelt hende mindre end en måned efter det tidspunkt, hvor hun kunne have genoptaget sit arbejde, efter at hendes barselsorlov var udløbet, og efter at hun havde holdt ferie.

På det tidspunkt, hvor opsigelsen blev meddelt, kan hendes fravær fra arbejdet kun betegnes som langt, såfremt man ved beregningen som et minimum tager hensyn til de næsten fem måneder, hvor hun var

10 — Hertz-dommen, jf. note 2, præmis 13 og 14.

11 — Dommen i Webb-sagen, jf. note 7, præmis 25.

12 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, præmis 25, og Webb-dommen, jf. note 7, præmis 26.

sygemeldt, inden hun påbegyndte barselsorloven; af de næsten fem måneder er de 4 1/2 måned forbundet med bækkenløsningen som følge af graviditeten og måske, men ikke nødvendigvis, barselsorloven. Jeg tror ikke, at der er taget hensyn til hendes ferie.

39. Ved afgørelsen af, om en afskedigelse, der er foretaget under sådanne omstændigheder, er i overensstemmelse med de betingelser, der følger af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, eller om der er tale om en afskedigelse, der er udtryk for forskelsbehandling, må det som allerede nævnt i punkt 28 tages i betragtning, at det for at sikre reel lighed mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere kræves, at der hverken på ansættelsestidspunktet eller under ansættelsesforholdet tages hensyn til en begivenhed, som pr. definition kun rammer kvinder.

40. Graviditet er en tilstand, som tidsmæssigt er af begrænset varighed, som kun berører kvinder, og som ikke påvirker dem blot potentielt, men derimod helt konkret, idet den kan føre til gener lige fra mindre ubehag til egentlige helbredsmæssige problemer, som gør, at visse kvinder må være fraværende fra deres arbejde i kortere eller længere tid — og her har det mere eller mindre smertefuldt — indtil graviditeten er overstået.

41. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at da graviditet er en situation, som kun kvinder kan befinde sig i, kan de helbredsmæssige problemer, som denne tilstand måtte medføre, ikke være omfattet af de almindelige bestemmelser, der gælder for mænd og kvinder i tilfælde af sygdom.

Såfremt en gravid kvindes sygefravær som følge af helbredsmæssige problemer forårsaget af graviditet i relation til begrundelsen for en afskedigelse blev taget i betragtning på samme måde som en mands fravær på grund af sygdom, ville man anvende den samme regel om hensyntagen til sygefravær, der kan føre til afskedigelse, på forskellige situationer — graviditet og almindelig sygdom — hvilket ville være direkte forskelsbehandling på grundlag af køn over for kvinder.

42. Af ovennævnte to grunde er det min opfattelse, at der ved anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, jf. artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, må trækkes en grænse på det tidspunkt, hvor barselsorloven udløber. Fra det tidspunkt må en hvilken som helst sygdom, som rammer en kvinde, uanset om den er graviditetsbetinget, være omfattet af de almindelige bestemmelser, der gælder for alle arbejdstagere. Derimod kan sygefravær inden fødslen, der skyldes helbredsmæssige problemer, der er forårsaget af graviditeten, ikke i relation til afskedigelse sidestilles med mænds sygefravær.

Forslag til afgørelse

Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at det spørgsmål, Sø- og Handelsretten har forelagt, besvares som følger:

»Artikel 5, stk. 1, sammenholdt med 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 er ikke til hinder for, at en kvinde afskediges som følge af fravær efter endt barselsorlov, såfremt fraværet skyldes sygdom, der er opstået under graviditeten og fortsat under og efter endt barselsorlov, medmindre der ved beregningen af fravær i relation til afskedigelsen er taget hensyn til fravær, som skyldes helbredsmæssige problemer, der er forårsaget af graviditeten og opstået inden fødslen.«