# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 5. februar 1998 *

Indhold

I — Den for de nationale retter verserende sag ..... I - 4188

II — De præjudicielle spørgsmål ..... I - 4190

III — Fællesskabets lovgivning ..... I - 4191

IV — National lovgivning ..... I - 4192

V — Skriftlige indlæg under den præjudicielle sag ..... I - 4195

VI — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål ..... I - 4197

A — Indledende bemærkninger ..... I - 4197

B — Domstolens praksis med hensyn til anvendelsen af de arbejdstagerrettigheder, der er fastsat i direktiv 76/207, på arbejdstagere, der er gravide eller lige har født ..... I - 4201

1) Dekker- og Hertz-dommene, hvori Domstolen har fastslået, at det er diskriminerende at nægte at ansætte en gravid kvinde, og at det ikke er diskriminerende at afskedige en kvinde på grund af en uarbejdsdygtighed, der er opstået efter barselsorloven, end ikke hvis sygdommen er forårsaget af fødslen ..... I - 4201

2) Habermann-Beltermann-dommen, hvori Domstolen har fastslået, at det er udtryk for forskelsbehandling, hvis en ansættelseskontrakt erklæres ugyldig eller anfægtes som følge af et lovfæstet forbud mod natarbejde for gravide kvinder ..... I - 4207

3) Webb-dommen, hvori Domstolen har fastslået, at situationen for en gravid kvinde, der er ude af stand til at udføre den opgave, hun er blevet ansat til, ikke kan sammenlignes med den situation, en mand befinder sig i, når han ligeledes er ude af stand til at udføre en sådan opgave af lægelige eller andre grunde ..... I - 4208

4) Larsson-dommen, i hvilken Domstolen tilsyneladende finder, at det ikke er udtryk for forskelsbehandling, når der ved beregningen af den periode, der kan give grundlag for opsigelse, tages hensyn til en kvindes uarbejdsdygtighed som følge af graviditet, som indtræder inden påbegyndelsen af barselsorloven ..... I - 4209

* Originalsprog: spansk.

C — Det første spørgsmål fra House of Lords: afskedigelse af en gravid kvinde på grund af uarbejdsdygtighed som følge af graviditeten ..... I - 4213

D — Det andet spørgsmål fra House of Lords: afskedigelse af en gravid kvinde i den periode, hvor hun, hvis hun havde opfyldt betingelserne i den nationale lovgivning, ville have opnået ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditet og fødsel ..... I - 4219

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 4222

1. Er det i strid med fællesskabsretten, nærmere bestemt direktiv 76/207/EØF [1], at en arbejdsgiver afskediger en gravid arbejdstager som følge af uarbejdsdygtighed, der er forårsaget af graviditeten, og som har varet længere end den periode, efter hvis udløb arbejdstagere ifølge en bestemmelse i arbejdskontrakten kan afskediges på grund af sygdom? Dette er — generelt udtrykt — House of Lords' præjudicielle spørgsmål i denne sag.

## I — Den for de nationale retter verserende sag

2. Sagens faktiske omstændigheder, således som de er beskrevet i forelæggelseskendelsen, er følgende: Sagsøgeren i hovedsagen, Mary Brown, var beskæftiget som chauffør i selskabet Rentokil Ltd, hvis navn senere er ændret til Rentokil Initial UK Ltd (herefter »Rentokil«), som er sagsøgt i samme sag.

1 — 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).

Brown's arbejde bestod i det væsentlige i at transportere og udskifte Sanitact-beholdere i forretninger og andre virksomheder. Brown blev gravid og underrettede sin arbejdsgiver herom i august 1990.

Af forskellige indbyrdes forbundne årsager, som ikke er nærmere angivet i sagens akter, opstod der komplikationer under graviditeten. Fra den 16. august 1990 fremlagde Brown en række lægeerklæringer med sygemelding for fire uger ad gangen, som indeholdt følgende diagnoser: »graviditetssymptomer«, »blødninger som følge af graviditeten« og »rygsmerter som følge af graviditeten«. Sagsøgeren var uarbejdsdygtig fra den 16. august 1990 og indtil sin afskedigelse.

3. Sagsøgte havde i arbejdskontrakten indsat en bestemmelse om, at enhver arbejdstager — mand eller kvinde — efter at have været sygemeldt uden afbrydelse i mere end 26 uger ville blive afskediget. Den 9. november 1990 havde Brown et møde med to af virksomhedens ledere, som gjorde hende opmærksom på, at halvdelen af den nævnte periode var gået, og mindede hende om, at

hendes arbejdskontrakt ville ophøre, hvis hun ikke inden den 8. februar 1991 genoptog arbejdet efter at have gennemgået en uafhængig lægeundersøgelse, som bekræftede, at hun var arbejdsdygtig. Denne påmindelse blev bekræftet over for sagsøgeren ved en skrivelse af samme dato.

Sagsøgeren genoptog ikke arbejdet efter denne skrivelse. Det er ubestridt mellem parterne, at der aldrig har været udsigt til, at Brown kunne genoptage arbejdet inden udløbet af perioden på 26 uger.

4. I medfør af ovennævnte kontraktbestemmelse blev sagsøgeren ved skrivelse af 30. januar 1991, som fik virkning fra den 8. februar 1991, afskediget, mens hun var gravid. Hendes barn blev født den 22. marts 1991.

5. Den nationale ret har i forelæggelseskendelsen anført, at hvis den 22. marts 1991 også var den forventede dato for nedkomsten, ville sagsøgeren, hvis hun havde været ansat to år den 30. december 1990, have været berettiget til at være fraværende fra sit arbejde som følge af graviditet fra den 11. uge inden nedkomsten [2] og til at genoptage arbejdet når som helst inden for 29 uger efter nedkomsten (right to return to work). Sagsøgeren havde ikke været ansat længe nok og kunne derfor ikke nyde fordel af disse rettigheder. Hvis sagsøgeren ikke var blevet afskediget, havde hun haft krav på en moderskabsydelse fra virksomheden.

6. Industrial Tribunal frifandt Rentokil i den sag, sagsøgeren havde anlagt under anbringende af, at afskedigelsen var udtryk for forskelsbehandling på grundlag af køn, idet retten anførte, at når der i en situation som den foreliggende »foreligger et sygefravær, der skyldes graviditet, men som er indtrådt, længe før lovgivningens bestemmelser om barsel finder anvendelse, og som er fortsat uden afbrydelse efter dette tidspunkt, hvorefter den pågældende afskediges, hører afskedigelsen ikke til den kategori af afskedigelser, som automatisk må betragtes som diskriminerende, fordi de er begrundet med graviditeten«.

7. Ved afgørelse af 23. marts 1992 forkastede Employment Appeal Tribunal Brown's appel. Employment Appeal Tribunal fandt, at den var bundet af Court of Appeal's dom fra 1992 i sagen Webb mod EMO Air Cargo UK Ltd, og fastslog, at Industrial Tribunal efter gældende ret var nået frem til den rigtige afgørelse.

8. Ved afsigelsen af den afgørelse, som Court of Session, Extra Division, traf den 18. januar 1995, udtalte Lord Allanbridge som et fore-

2 — I medfør af section 33 i Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (lov om beskyttelse af arbejdstagerforhold, konsolideret udg.).

løbigt resultat, at der i Brown's sag ikke forelå forskelsbehandling ifølge Sex Discrimination Act 1975. Lord Allanbridge anførte endvidere, at Domstolens klare sondring i Hertz-dommen [3] mellem graviditet og sygdom forårsaget af graviditet fandt anvendelse på Brown's sag. Følgelig kunne sagsøgeren, hvis fravær skyldtes sygdom, og som i februar 1991 blev afskediget på grund af denne sygdom, ikke få medhold på grundlag af de omstændigheder, der havde betydning for hendes sag.

## II — De præjudicielle spørgsmål

9. House of Lords, som afgørelsen af 18. januar 1995 blev appelleret til, har for at kunne afgøre tvisten og efter at have hørt parterne forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Er det i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 at afskedige en kvindelig ansat på et hvilket som helst tidspunkt under hendes graviditet på grund af fravær i forbindelse med sygdom, der skyldes graviditeten?

b) Gør det nogen forskel for besvarelsen af spørgsmål 1 a), at den ansatte blev afskediget i medfør af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til afskedige ansatte efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger uanset den ansattes køn?

2) a) Er det i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 at afskedige en kvindelig ansat på grund af fravær i forbindelse med sygdom, der skyldes graviditet, når hun ikke har opnået ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditet eller barsel i den i national ret bestemte periode, fordi hun ikke var ansat i den i henhold til national ret krævede periode, og hun afskediges i denne periode?

b) Gør det nogen forskel for besvarelsen af spørgsmål 2 a), at den ansatte blev afskediget i medfør af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til afskedige ansatte efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger uanset den ansattes køn?«

3 — Dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (»Hertz-dommen«), Sml. I, s. 3979.

III — Fællesskabets lovgivning

Samtlige fællesskabsbestemmelser, der skal fortolkes for at afgøre en sådan tvist, findes i direktiv 76/207. Det drejer sig om artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 5, stk. 1 og 2, der er affattet således:

»Artikel 2

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.«

»Artikel 5

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.

2. Med henblik herpå træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger til:

a) at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves

b) at de bestemmelser i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter, i virksomheders interne reglementer eller i vedtægter for selvstændige erhverv, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres

c) ...«

10. Den 19. oktober 1992 udstedte Rådet direktiv 92/85/EØF [4], som skal beskytte sundheden og sikkerheden hos arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer. Ifølge direktivet skal medlemsstaterne inden den 19. oktober 1994 bl.a. vedtage bestemmelser, der giver kvindelige arbejdstagere ret til barselsorlov i mindst 14 sammenhængende uger fordelt før og/eller efter fødslen, hvoraf mindst to uger er obligatoriske. Direktivet forbyder ligeledes i følgende bestemmelse afskedigelse af en gravid arbejdstager:

»Artikel 10

...

1) Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at forbyde afskedigelse af arbejdstagere som defineret i artikel 2 i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af den i artikel 8, stk. 1, 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.

...«

4 — Direktiv 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).

11. Da Brown imidlertid blev afskediget i begyndelsen af 1991, er der ingen grund til at fortolke disse bestemmelser.

## IV — National lovgivning

12. De nationale bestemmelser, der har betydning for hovedsagen, findes i Sex Discrimination Act 1975 (herefter »loven af 1975«), Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (herefter »loven af 1978«) og Social Security Act 1986 (herefter »loven af 1986«).

Loven af 1975 bestemmer i section 1 og 5, at en kvinde er udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt hun på de af loven omfattede områder behandles mindre gunstigt end en mand. Ved sammenligningen af situationen for personer af forskelligt køn eller forskellig ægteskabelig eller familiemæssig stilling skal det sikres, at omstændighederne er de samme i begge tilfælde, eller at der ikke foreligger væsentlige forskelle.

Hvad angår rettighederne i forbindelse med graviditet og barsel bestemte loven af 1978

på det tidspunkt, hvor Brown blev afskediget, at en kvindelig arbejdstager, der er helt eller delvis fraværende fra arbejdet på grund af graviditet eller fødsel, skulle have ret til at genoptage arbejdet på følgende betingelser:

— den kvindelige arbejdstager skulle have været ansat, uanset om hun var i arbejde eller ej, ved begyndelsen af den 11. uge inden datoen for den forventede nedkomst

— hun skulle ved begyndelsen af denne 11. uge have været ansat i mindst to år

— hun skulle mindst 21 dage før arbejdets ophør skriftligt have underrettet arbejdsgiveren om

— at hendes fravær skyldtes graviditet eller fødsel

— at hun agtede at genoptage arbejdet

— i hvilken uge nedkomsten var forventet eller, såfremt hun allerede var nedkommet, datoen for nedkomsten

— hun skulle efter anmodning fra arbejdsgiveren fremlægge en lægeattest med angivelse af ugen for den forventede nedkomst.

Hvad angår afskedigelse bestemte loven af 1978 på det for hovedsagen relevante tidspunkt, at afskedigelsen af en kvindelig arbejdstager måtte anses for ulovlig, såfremt den direkte eller indirekte begrundelse for afskedigelsen var, at arbejdstageren var gravid, medmindre arbejdstageren på det tidspunkt, hvor afskedigelsen fik virkning, som følge af sin graviditet var ude af stand til at passe arbejdet tilfredsstillende, eller såfremt hun af samme årsag ikke kunne fortsætte med at passe sit arbejde efter dette tidspunkt, uden at hun selv eller hendes arbejdsgiver derved tilsidesatte en forpligtelse eller begrænsning, der var fastsat ved en ufravigelig lovbestemmelse. Den nationale ret har anført, at Brown på det tidspunkt, hvor begivenhederne i hovedsagen fandt sted, for at være beskyttet mod en ulovlig afskedigelse skulle have været ansat uafbrudt i to år, hvilket ikke var tilfældet.

De senere ændringer af denne lovs bestemmelser om ulovlig afskedigelse, hvorved reglerne i direktiv 92/85 blev indarbejdet i loven, trådte i kraft den 10. juni 1994.

Af relevans for den foreliggende sag er endelig også de bestemmelser i loven af 1986, hvorefter en lønmodtager har krav på en moderskabsydelse fra sin arbejdsgiver, hvis hun opfylder følgende betingelser:

— hun skal have arbejdet for arbejdsgiveren i mindst 26 sammenhængende uger før den 14. uge før den forventede nedkomst og helt eller delvis være ophørt med at arbejde på grund af graviditeten eller nedkomsten

— hun skal i de otte uger op til den 14. uge før den forventede nedkomst have modtaget en ugeløn, der ikke er mindre end den mindsteløn, der er gældende inden denne 14. uges begyndelse

— hun skal være nået til begyndelsen af den 11. uge før datoen for den forventede nedkomst eller have født inden dette tidspunkt

— hun skal have underrettet sin arbejdsgiver om, at hun ophører med at arbejde på grund af sin graviditet eller nedkomst.

Moderskabsydelsen betales i højst 18 uger, der sædvanligvis begynder at løbe den 11. uge før datoen for den forventede nedkomst, men aldrig senere end den sjette uge før denne dato. Der er fastsat to typer ydelser, en højere og en lavere. Den højere ydelse svarer til ni tiendedele af den kvindelige arbejdstagers normale ugeløn i de otte uger op til den 14. uge før datoen for den forventede nedkomst; den lavere ydelse er et fast beløb, som udbetales, såfremt beløbet er højere end det beløb, der fremkommer efter reglerne for den højere ydelse. En kvinde, som indtil begyndelsen af den 14. uge før datoen for den forventede nedkomst har arbejdet uafbrudt i to år for en arbejdsgiver, som er forpligtet til at udbetale hende denne ydelse, vil i de første seks uger modtage den højere ydelse og i resten af tiden den lavere ydelse. En kvinde, som ifølge sin arbejdskontrakt har en arbejdsuge på under 16 timer, har ikke ret til den højere ydelse. En arbejdstager, der har ret til moderskabsydelsen, men ikke til den højere ydelse, vil få udbetalt den lavere ydelse.

Det fremgår af sagens akter, at den lavere moderskabsydelse i 1996 var på 54,55 GBP om ugen [5].

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, artikel 1, stk. 2, litra c), og artikel 10, som gælder fra den 7.4.1996. Tidligere lå beløbet på 52,50 GBP (Social Security Benefits Up-rating Order 1995, SI 1995/559, artikel 10). Det fremgår ikke af sagens akter, hvor stort beløbet var på tidspunktet for begivenhederne i hovedsagen.

V — Skriftlige indlæg under den præjudicielle sag

13. Sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen samt Det Forenede Kongerige og Kommissionen, som begge også har afgivet indlæg under den mundtlige forhandling, har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er fastsat i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen.

14. Sagsøgeren har på grundlag af Domstolens praksis, som jeg vil gennemgå nedenfor, gjort gældende, at afskedigelse af en gravid kvinde på grund af uarbejdsdygtighed som følge af graviditeten er i strid med direktiv 76/207 og udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, idet kun kvinder kan blive gravide. Sagsøgeren finder det ligeledes i strid med direktivet at afskedige en gravid arbejdstager på grund af uarbejdsdygtighed som følge af graviditeten, når hun, fordi hun ikke har arbejdet længe nok, ikke har ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditet eller barsel i en bestemt periode, såfremt afskedigelsen sker i denne periode. Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at det ikke gør nogen forskel, at hun er blevet afskediget i medfør af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte — uanset den ansattes køn — efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger.

15. Sagsøgte har gjort gældende, at man ved at regne 11 uger tilbage fra datoen for Brown's forventede nedkomst når frem til det tidspunkt, hvor hendes rettigheder som arbejdstager skal vurderes. Da Brown den 30. december 1990 ikke havde arbejdet uafbrudt i to år i virksomheden, var hun ikke omfattet af retten til at være fraværende på grund af barsel og til at genoptage arbejdet, ligesom hun ikke kunne påberåbe sig de bestemmelser om ulovlig afskedigelse, der skal beskytte gravide kvinder mod en afskedigelse begrundet i deres tilstand. Brown havde derimod krav på den lavere moderskabsydelse fra staten.

Sagsøgte har henvist til de omstændigheder, der forelå for Brown's vedkommende, og anført, at hendes afskedigelse ikke skyldes, at hun var gravid, men den unormale karakter af graviditeten, som forhindrede hende i at arbejde fra omkring den ottende uge. Brown's uarbejdsdygtighed varede længere, end man kunne forudse under normale omstændigheder, og hele uarbejdsdygtighedsperioden lå uden for den periode, hvor en kvinde har ret til fravær på grund af barsel. Grunden til afskedigelsen var, at Brown blev syg under graviditeten, og at hendes uarbejdsdygtighed overskred 26 uger.

Sagsøgte har under henvisning til samme retspraksis som den, sagsøgeren har påberåbt sig til støtte for den modsatte konklusion, gjort gældende, at bestemmelsen i virksomhedens ansættelseskontrakter med de ansatte, på grundlag af hvilken Brown var blevet

afskediget efter 26 ugers fravær, ikke er diskriminerende. For at påvise dette har sagsøgte nævnt et eksempel, hvor en arbejdsgiver ansætter tre gravide kvinder. Den første kvinde, der er sund og stærk, har ikke noget fravær frem til begyndelsen af den periode, i hvilken hun må være fraværende på grund af moderskabet eller nedkomsten; den anden kvinde er kun fraværende enkelte gange på grund af helbredsproblemer i forbindelse med graviditeten, førend hun benytter sig af retten til fravær på grund af graviditet; den tredje kvinde er Brown, hvis uarbejdsdygtighed på grund af graviditet overstiger 26 uger, og hun afskediges på samme vilkår som en mandlig arbejdstager, der har sygefravær i samme periode. Hvorfor skulle man betegne en sådan adfærd som kønsdiskriminerende? Hvis man behandler Brown anderledes end andre gravide kvinder eller mandlige arbejdstagere, vil det tværtimod svare til en positiv særbehandling, der kun gælder for en vis gruppe gravide kvinder og ikke alle gravide kvinder.

Sagsøgte har fastholdt, at der må sondres mellem en sygdom som Brown's, som har forhindret hende i at arbejde i stort set hele graviditetsperioden, og det man kalder de »normale risici i forbindelse med graviditet«. Sagsøgte nævner som eksempel morgenkvalme ved graviditetens begyndelse og træthed, efterhånden som nedkomsten nærmer sig, og påpeger, at disse symptomer end ikke opstår ved alle graviditeter. Sagsøgte finder, at svaret til House of Lords skal bygge på denne sondring.

Hvad angår den omstændighed, at Brown blev afskediget på et tidspunkt, hvor hun, hvis hun havde haft tilstrækkelig anciennitet, ville have haft ret til fravær på grund af det forestående moderskab, har sagsøgte anført, at det efter de fællesskabsbestemmelser, der gjaldt på det pågældende tidspunkt, alene tilkom medlemsstaterne at fastsætte vilkårene for adgangen til et sådant fravær samt længden af det tilladte fravær. Det Forenede Kongerige havde i medfør af denne beføjelse stillet krav om to års ansættelse. Under alle omstændigheder var Brown blevet afskediget, fordi hun havde været sygemeldt i det antal uger, der var fastsat i hendes ansættelseskontrakt, og ikke fordi hun havde været fraværende i den korte periode, hvor hun, hvis hun havde haft ret til fravær på grund af moderskab, kunne have udøvet denne ret.

16. Det Forenede Kongerige har understreget, at den periode, hvor Brown var midlertidigt uarbejdsdygtig på grund af graviditet, var klart længere end den periode, i hvilken Brown efter national ret måtte være fraværende på grund af graviditet og nedkomst. Det Forenede Kongerige har hævdet, at der ved besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål bør sondres mellem afskedigelse på grund af normale risici og sundhedsproblemer i forbindelse med graviditet og nedkomst, som f.eks. fravær med henblik på rutinemæssige lægeundersøgelser, korte fravær som følge af morgenkvalme samt fravær umiddelbart før eller efter nedkomsten, og afskedigelse af en kvinde på grund af sygdom, uanset om denne har forbindelse med graviditeten eller ej. I førstnævnte tilfælde udgør afskedigelsen en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, mens der i sidstnævnte tilfælde er tale om en lovlig afskedigelse, forudsat at en mandlig arbejdstager, der har været uarbejdsdygtig i en

periode af samme længde, ikke behandles gunstigere. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse tilkommer det den nationale ret at vurdere, om den periode, hvorunder Brown var fraværende fra arbejdet, kan hævdes at være en følge af en normal risiko i forbindelse med graviditet.

17. Kommissionen har anført, at der ikke er nogen objektiv begrundelse for under graviditeten at sondre mellem perioden før begyndelsen af den periode, hvorunder den kvindelige arbejdstager har ret til fravær på grund af graviditet, og perioden fra dette tidspunkt indtil nedkomsten med henblik på at behandle de to perioder forskelligt. Kommissionen finder det lige så uberettiget at sondre mellem afskedigelser på grund af graviditet og afskedigelser som følge af uarbejdsdygtighed på grund af graviditeten, så længe der er tale om afskedigelser, der finder sted under arbejdstagerens graviditet. Helbredsproblemer i forbindelse med graviditet skyldes nemlig en situation, der kun opstår for kvinder, det være sig før fraværets begyndelse eller under fraværet. Når kvindelige arbejdstagere i Brown's situation behandles efter reglerne for arbejdstageres sygdom i almindelighed, er der tale om forskelsbehandling af kvinder, idet situationerne er forskellige.

Kommissionen har tilføjet, at dette synspunkt bekræftes af artikel 10 i direktiv 92/85, der forbyder afskedigelse af arbejdstagere i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af barselsorloven. Selv om fristen for direktivets gennemførelse i medlemsstaterne ikke var udløbet på tidspunktet for begivenhederne i hovedsagen, bør der tages hensyn til direktivets bestemmelser ved fortolkningen af direktiv 76/207.

## VI — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

### A — *Indledende bemærkninger*

18. Før min gennemgang af de problemer, disse præjudicielle spørgsmål rejser, ønsker jeg at fremsætte nogle bemærkninger.

19. Min første bemærkning gælder forelæggelseskendelsen, som er meget karrig med oplysninger om omstændighederne i hovedsagen. Det er f.eks. ikke oplyst, hvor længe Brown havde været gravid, da hun blev uarbejdsdygtig, eller hvornår nedkomsten var forventet, ligesom det ikke er anført, om der var tale om en risikobehæftet graviditet. Jeg finder endvidere, at de begrundelser, der åbenbart fremgår af de forskellige lægeerklæringer, nemlig »graviditetssymptomer«, »blødninger under graviditeten« og »rygsmerter forårsaget af graviditeten«, og her især den første og den tredje begrundelse, er af en sådan karakter, at de, hvis de er de eneste grunde, næppe kan tænkes at få en læge til at forlænge den kvindelige arbejdsta-

gers lægeattest i 26 uger uden afbrydelser. Det vides ej heller, om Brown har gennemgået den uafhængige lægeundersøgelse, der skal finde sted efter de 26 uger, eller i bekræftende fald, hvad resultatet af undersøgelsen var.

Jeg går ud fra, at denne undersøgelse har til formål at give virksomheden en uafhængig vurdering af mulighederne for arbejdstagerens helbredelse, således at arbejdstageren enten kan genoptage arbejdet i en ikke for fjern fremtid eller afskediges, såfremt lægeundersøgelsen viser, at arbejdet ikke vil kunne genoptages på kort eller kortere sigt. Hvis dette ikke er formålet, er der snarere tale om en disciplinær afskedigelse på grund af sygdom end om en afskedigelse begrundet med de store omkostninger, som virksomheden ellers måtte bære.

Hvis Brown's uarbejdsdygtighed faktisk skyldtes graviditeten, og der er ingen grund til at tro andet, forekommer det logisk at gå ud fra, at uarbejdsdygtigheden ville forsvinde efter nedkomsten. Spørgsmålet er da, hvorfor Brown blev afskediget halvanden måned inden nedkomsten? Var det alene, fordi hun allerede havde været fraværende i 26 uger, eller var det snarere, fordi hun efter national ret heller ikke var berettiget til at genoptage arbejdet efter nedkomsten, da hun ikke havde to års anciennitet i virksomheden?

Selvfølgelig er der her tale om faktiske omstændigheder, som den nationale ret skal vurdere på baggrund af Domstolens fortolkning af fællesskabsretten. Jeg vil dog anføre, at det havde været nyttigt at have kendskab til disse omstændigheder.

20. Min anden bemærkning vedrører nødvendigheden af én gang for alle at afgrænse de respektive anvendelsesområder for direktiv 76/207 og 92/85 på baggrund af direktivernes indhold og sigte [6]. Sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, at dommen i den foreliggende sag vil få meget begrænsede følger, da medlemsstaterne ifølge direktiv 92/85 senest den 19. oktober 1994 skal forbyde afskedigelse af arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer. Efter sagsøgtes opfattelse har Brown blot været uheldig, fordi direktivet endnu ikke var vedtaget på tidspunktet for hendes afskedigelse.

Jeg kan ikke tilslutte mig dette synspunkt, da bestemmelserne i de to direktiver er forskellige, og da direktiverne også har forskellige mål.

21. Direktiv 76/207, der har hjemmel i EF-traktatens artikel 235, er nemlig en hand-

6 — J. Shaw påpegede allerede nødvendigheden heraf, dengang direktiv 92/85 kun forelå i udkast: »Pregnancy discrimination in sex discrimination«, *European Law Review*, 1991, s. 313-320, især s. 318.

ling fra Fællesskabets side, som på daværende tidspunkt syntes påkrævet for at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder både for så vidt angår adgang til beskæftigelse, uddannelse, forfremmelse samt med hensyn til andre arbejdsvilkår [7]. De eneste tilladte undtagelser fra princippet om ligebehandling er fastsat i artikel 2, stk. 2, 3 og 4, som nærmere bestemt vedrører sådanne former for erhvervsudøvelse, for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art, bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab, samt foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i direktivet anførte områder. I samtlige tilfælde er der tale om foranstaltninger, hvis vedtagelse på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin påhviler medlemsstaterne.

22. Direktiv 92/85 har derimod hjemmel i traktatens artikel 118 A, ifølge hvilken Rådet ved udstedelse af direktiver skal vedtage de minimumsforskrifter, der skal forbedre navnlig arbejdsmiljøet for at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed. Det er det tiende særdirektiv, der er vedtaget i medfør af artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF [8], hvis artikel 15 bestemmer, at særligt følsomme risikogrupper skal beskyttes mod farer, som for dem er særlig alvorlige.

Direktiv 92/85 har til formål at iværksætte foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer. Direktivet indeholder således klart beskyttelsesbestemmelser, idet det indfører en særbehandling til fordel for kvinder, der befinder sig i en af disse situationer. Direktivets forfattere anerkender selv i niende betragtning, at denne beskyttelse ikke må føre til forringelse af kvindernes stilling på arbejdsmarkedet og ikke må berøre bestemmelserne i direktiverne om lige behandling af mænd og kvinder.

Som Domstolen allerede har fastslået i Webb-dommen [9], er det på grund af risikoen for, at en eventuel afskedigelse kan indvirke på den fysiske og psykiske tilstand hos arbejdstagere, som er gravide, lige har født eller ammer, herunder den særlig alvorlige risiko for, at den gravide arbejdstager fristes til frivilligt at lade sit svangerskab afbryde, at fællesskabslovgiver ved artikel 10 i direktiv 92/85 har indført en særlig beskyttelse af kvinder ved at udstede forbud mod afskedigelse i perioden fra graviditetens indtræden

7 — Tredje betragtning.

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

9 — Dom af 14.7.1994, sag C-32/93, Sml. I, s. 3567, præmis 21 og 22.

til udløbet af barselsorloven. Lovgiver har ikke fastsat bestemmelser om undtagelser fra eller mulighed for at fravige dette forbud, undtagen i særlige tilfælde, som ikke har forbindelse med den pågældende kvindes tilstand.

Derfor er artikel 5 i direktiv 76/207 og Domstolens fortolkende praksis fortsat nødvendige for at afgøre, om de perioder, i hvilke en gravid kvinde har været uarbejdsdygtig på grund af sin graviditet, kan lægges til perioderne før graviditeten og efter barselsorloven med henblik på at beregne, om hun har været fraværende længe nok til at kunne afskediges.

23. Det er rigtigt, at så snart det forbud mod afskedigelse, der er fastsat i artikel 10 i direktiv 92/85, er gennemført i medlemsstaternes nationale ret, vil der ikke længere være anledning til at anvende 5 i direktiv 76/207, som knæsætter princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, i forbindelse med afskedigelse af en kvinde under hendes graviditet.

Det forbud mod afskedigelse, der er fastsat i artikel 10 i direktiv 92/85, løser imidlertid ikke problemet, når der er tale om en kvinde, som på helt normal vis har genoptaget sit arbejde efter barselsorloven, og som afskediges, fordi hun i perioder har været uarbejdsdygtig i det forudgående år i det antal uger, der er fastsat i national lovgivning. Er denne kvinde da blevet afskediget på samme vilkår som en mand, der har været syg det samme antal uger, når man for kvinden medregner det tidsrum, hvor hun har måttet blive hjemme efter lægens ordre, f.eks. fordi der var fare for en abort?

24. Min tredje bemærkning gælder Domstolens praksis om fortolkningen af ligebehandlingsprincippet i direktiv 76/207, når det drejer sig om de rettigheder, som kvinder, der er gravide eller lige har født, har som arbejdstagere. Ved første øjekast er det måske ikke så mærkeligt, at parterne i hovedsagen, Det Forenede Kongerige og Kommissionen til støtte for vidt forskellige synspunkter har påberåbt sig de fire eneste domme, der var afsagt på dette område, da fristen for indgivelse af skriftlige indlæg i den foreliggende sag udløb, nemlig dommene i sagerne Dekker [10], Hertz [11], Habermann-Beltermann [12] og Webb [13]. Det er mere overraskende og endog foruroligende, at alle påberåber sig de samme præmisser til støtte for deres respektive holdninger.

Jeg finder derfor, at Domstolen for at sikre retssikkerheden ikke bør nøjes med at

10 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Sml. I, s. 3941.
11 — Jf. fodnote 3.
12 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Sml. I, s. 1657.
13 — Jf. fodnote 9.

besvare de præjudicielle spørgsmål fra House of Lords, men også bør klarlægge den gældende retspraksis. Jeg vil for mit vedkommende gennemgå de nævnte domme og angive, hvorledes de efter min mening bør fortolkes.

B — *Domstolens praksis med hensyn til anvendelsen af de arbejdstagerrettigheder, der er fastsat i direktiv 76/207, på arbejdstagere, der er gravide eller lige har født*

1) Dekker- og Hertz-dommene, hvori Domstolen har fastslået, at det er diskriminerende at nægte at ansætte en gravid kvinde, og at det ikke er diskriminerende at afskedige en kvinde på grund af en uarbejdsdygtighed, der er opstået efter barselsorloven, end ikke hvis sygdommen er forårsaget af fødslen

25. Den 8. november 1990 afsagde Domstolen to domme, som har haft stor betydning for Fællesskabets sociallovgivning vedrørende anvendelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i arbejdslivet. Der var tale om de to første sager om fortolkning af direktiv 76/207, nærmere betegnet retten til at få eller bevare et arbejde i situationer, der kun opstår for kvinder, som f.eks. graviditet og moderskab. De to sager er en god illustration af Lucinda M. Finley's synspunkt, der kan sammenfattes i følgende påstand: »The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace« [14].

26. Det drejer sig om Dekker- [15] og Hertz-dommene [16]. I Dekker-dommen har Domstolen besvaret et præjudicielt spørgsmål fra Nederlandenes Hoge Raad, som havde fået forelagt en tvist, i hvilken Dekker, der var ansøger til en stilling som lærer i et undervisningscenter for unge, havde meddelt ansættelsesudvalget, at hun var gravid i tredje måned. Udvalget havde indstillet hende som den bedst egnede ansøger til stillingen; Dekker anfægtede arbejdsgiverens nægtelse af at ansætte hende med den begrundelse, at hun allerede var gravid, da hun indgav sin ansøgning. Nægtelsen beroede på, at undervisningscentret havde fået oplyst, at dets forsikringsgiver ikke ville godtgøre undervisningscentret de dagpenge, det var forpligtet til at betale den kvindelige arbejdstager under hendes fravær på grund af graviditet og barsel. Ifølge gældende national ret kunne forsikringsgiveren nemlig helt eller delvis nægte at godtgøre arbejdsgiveren dagpenge, såfremt arbejdstageren er blevet forhindret i at udføre sit arbejde inden for de første seks måneder efter ansættelsen, når det på grundlag af arbejdstagerens helbredstilstand ved ansættelsen måtte forventes, at denne uarbejdsdygtighed ville indtræde inden for

14 — L. M. Finley: »Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate«, *Columbia Law Review*, bind 86:1118, s. 1119.

15 — Jf. fodnote 10.

16 — Jf. fodnote 3.

dette tidsrum. Da der ikke var fastsat nogen undtagelse for gravide, blev uarbejdsdygtigheden som følge af moderskab ligestillet med uarbejdsdygtighed som følge af en forudsigelig sygdom.

Den nationale rets spørgsmål gik for den dels vedkommende, der har betydning for den foreliggende sag, ud på, om det under disse omstændigheder var i strid med ligebehandlingsprincippet i direktiv 76/207, at arbejdsgiveren nægtede at ansætte arbejdstageren.

27. I den anden sag havde Danmarks Højesteret forelagt et præjudicielt spørgsmål for at afgøre tvisten mellem Birthe Vibeke Hertz og hendes tidligere arbejdsgiver, Aldi Marked K/S. Hertz blev i juli 1982 ansat som kassedame og ekspedient på deltid. I juni 1983 fødte hun en søn efter et kompliceret svangerskab; efter aftale med arbejdsgiveren var hun sygemeldt under det meste af svangerskabet. Ved udgangen af 1983 genoptog Hertz sit arbejde efter barselsorloven og var først fraværende igen i juni 1984. I hele det følgende år var hun sygemeldt i 100 arbejdsdage, hvilket medførte hendes opsigelse, som virksomheden begrundede med, at det var normal praksis, at medarbejdere med stort sygefravær blev afskediget. Der var mellem parterne enighed om, at sagsøgerens sygefravær mellem juni 1984 og juni 1985 var forårsaget af hendes nedkomst i 1983.

Den forelæggende ret ønskede afgjort, om bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 omfattede afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel. I bekræftende fald ønskede den forelæggende ret oplyst, om beskyttelsen mod afskedigelse som følge af sådanne sygdomme gjaldt uden tidsbegrænsning.

28. Generaladvokat Darmon fremsatte et forslag til afgørelse, der var fælles for de to domme. I forslaget til afgørelse gennemgik Darmon på forbilledlig vis spørgsmålet om moderskab og den betydning, som moderskab skal tillægges økonomisk og socialt i de europæiske samfund på baggrund af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder [17]. Generaladvokatens overvejelser er stadig lige aktuelle. Efter at have overvejet, om der er noget, der mere end moderskab er særegent for kvinder, og om man kan forestille sig ligebehandling af kvindelige arbejdstagere med deres mandlige kolleger uden at inddrage spørgsmålet om moderskab, drager han i Dekker-sagen den konklusion, at såfremt en ansøger nægtes ansættelse med den begrundelse, at hun snart skal nedkomme, er der tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, når man tager i betragtning, at det kun er kvindelige arbejdstagere, der kan komme i denne situation.

29. Generaladvokat Darmon anfører, at Hertz-sagen måske i endnu højere grad gør

17 — Generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i Hertz- og Dekker-sagerne, som er nævnt i fodnote 3 og 10, Sml. 1990, I, s. 3956, særlig punkt 21 ff., Sml. I, på s. 3960.

det nødvendigt at foretage den vanskelige afvejning mellem hensynet til ligebehandlingsprincippet og erhvervslivets krav. Generaladvokaten fortsætter: »Hvordan skal man betragte sygeperioder, der opstår efter barselsorlovens udløb, men som direkte skyldes graviditet eller fødsel? Skal man her anvende den 'almindelige' ordning for sygefravær?« [18]. Den konklusion, generaladvokaten når frem til i denne sag, er den modsatte af konklusionen i Dekker-sagen. Han siger nemlig, at der ikke er tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, når en kvindelig arbejdstager afskediges før eller efter barselsorloven på grund af sygefravær, der kan tilskrives graviditeten eller fødslen.

30. Generaladvokat Darmon udtrykker sig uden omsvøb, men jeg skal understrege, at hans standpunkt bygger på en argumentation, der hele vejen igennem hviler på, at der er tale om en kvindelig arbejdstagers fravær, der, selv om årsagen er en sygdom, som skyldes graviditeten eller fødslen, er opstået *efter afslutningen* af barselsorloven. I punkt 43 anfører han således: »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* ...« [19].

I punkt 45 anfører han, at »... 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 ...«. Han påpeger i punkt 46, at »... en løsning, der vil være beskyttende for de få *kvinder, der har alvorlige problemer efter en fødsel* — og det vil statistisk sige en løsning, som til alt held kun omfatter en særdeles beskeden procentdel — kan indebære en risiko for alle de kvinder, som ønsker at komme ud på arbejdsmarkedet«.

I punkt 47, hvor generaladvokat Darmon overvejer, hvilke kriterier Domstolen vil kunne lægge til grund ved definitionen af, hvornår en patologisk tilstand skal være omfattet af beskyttelsen som følge af moderskab, samt ved fastlæggelsen af, i hvilken periode beskyttelsen skal være gældende, er den bærende idé stadig anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, når først kvindens barselsorlov er afsluttet.

I punkt 48 foreslår han at søge løsningen i en sondring mellem på den ene side de normale risici som følge af graviditet og fødsel, som han definerer som »de sædvanlige komplikationer, som undertiden medfører, at der gives en supplerende barselsorlov«, risici som efter hans opfattelse bør være beskyttet efter fællesskabsretten, idet de er et egentligt led af selve moderskabet, og på den anden side patologiske tilstande, som ikke er normale risici som følge af graviditet, og som derfor må behandles på samme måde som »almindelig« sygdom. Han tilføjer: »Hvis der ... ikke foreligger nationale bestemmelser, hvorefter kvinder er sikret en særlig beskyttelse,

18 — Punkt 40.

19 — Alle fremhævelser i dette forslag til afgørelse er mine.

må en arbejdsgiver kunne afskedige den ansatte *ved barselsorlovens udløb ... Hvis en kvindelig arbejdstager* således *ikke længere har ret til nogen form for barselsorlov, 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«.

31. Begge domme blev afsat i plenum, og Domstolen fulgte generaladvokatens forslag. Retsmøderne fandt sted den 3. oktober 1989, og forslaget til afgørelse blev fremsat den 14. november 1989. At det tog dommerne et år at afgøre sagen, viser efter min opfattelse de vanskeligheder, der er forbundet med disse sager, især Hertz-sagen, hvilket da også fremgår af dommens præmis 7. Disse vanskeligheder kan være forklaringen på, at præmisserne til begge domme er meget kortfattede.

32. I Dekker-dommen bemærkede Domstolen, at kun kvinder kan nægtes ansættelse på grund af graviditet, hvorfor en sådan nægtelse er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, og at en sådan nægtelse, der skyldes de økonomiske konsekvenser af fravær på grund af graviditet, må anses for hovedsagelig at bero på graviditeten, og at en sådan forskelsbehandling ikke kan begrundes med det økonomiske tab, arbejdsgiveren lider ved at ansætte en gravid kvinde under hendes barselsorlov [20].

33. Præmisserne og domskonklusionen i Hertz-sagen fortjener imidlertid en særlig opmærksomhed. Jeg skal minde om parternes holdning, som fremgår af dommens præmis 8 og 9. På den ene side blev det gjort gældende, at afskedigelse af en kvinde på grund af graviditet, fødsel eller hyppigt fravær som følge af sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel — uanset hvornår en sådan sygdom opstår — er i strid med princippet om ligebehandling, idet sådanne årsager til fravær ikke kan ramme mænd, som derfor heller ikke vil kunne afskediges med samme begrundelse. På den anden side blev det anført, at en arbejdsgiver ikke kan være afskåret fra at afskedige en kvinde på grund af hyppigt sygefravær, blot fordi hendes sygdom er forårsaget af graviditet eller fødsel. Et forbud mod en sådan afskedigelse, som kunne gælde for en arbejdsgiver i adskillige år efter en fødsel, ville ikke blot kunne give organisatoriske problemer og have urimelige konsekvenser for arbejdsgiverne, men ville også kunne påvirke beskæftigelsen af kvinder i negativ retning.

34. Denne dom har grundlæggende betydning, når det drejer sig om at forene princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i arbejdslivet og kvindens rolle i reproduktionsprocessen. I præmis 13 hedder det: Det »følger af ovennævnte direktivbe-

20 — Jf. fodnote 10, præmis 12.

stemmelser, at afskedigelse af en kvinde på grund af graviditet er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn; det samme er tilfældet, såfremt en kvinde nægtes ansættelse på grund af graviditet ...«; i præmis 14 hedder det: »... afskedigelse af en kvinde på grund af hyppigt sygefravær, som ikke er forårsaget af graviditet eller fødsel, [er] ikke direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt også mænd med en sådant sygefravær afskediges«, og i præmis 15: »[direktiv 76/207] omhandler ikke det tilfælde, at sygdommen er forårsaget af graviditet eller fødsel. Derimod tillader direktivet udfærdigelse af nationale bestemmelser, der sikrer kvinder særlige rettigheder i forbindelse med graviditet og moderskab, som f.eks. barselorlov. I den barselorlovsperiode, der tilkommer en kvinde efter national ret, er hun således beskyttet mod afskedigelse som følge af sit fravær. Det tilkommer den enkelte medlemsstat at fastsætte barselorlovsperioden således, at kvinder kan være fraværende i den periode, hvor graviditets- og fødselsbetingede sygdomme må forventes at opstå«.

35. Efter min opfattelse giver dommens præmis 16 og 17 et fingerpeg om, hvorledes dommen skal fortolkes. Det hedder ordret:

»Med hensyn til sygdom, der viser sig efter barselorlovens 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.

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.«

36. Vanskeligheden ved fortolkningen af dommens rækkevidde beror på, at oplysningen om, hvornår sygdommen opstod, ikke findes i domskonklusionen, som er en ordret gentagelse af det præjudicielle spørgsmål og lyder som følger: »Medmindre andet er fastsat i nationale bestemmelser udstedt i medfør af artikel 2, stk. 3, i ... direktiv 76/207/EØF ... er direktivets artikel 5, stk. 1, sammenholdt med dets artikel 2, stk. 1, ikke til hinder for afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel.«

Denne tilsyneladende uoverensstemmelse — der let kan forklares, hvis man betænker, at

Domstolen i præmis 16 og 17 holdt sig de nærmere omstændigheder omkring hovedsagen for øje, mens den i domskonklusionen begrænser sig til en strikte besvarelse af det præjudicielle spørgsmål, som dette er formuleret af den nationale ret [21] — er årsagen til de divergerende fortolkninger, der lægges til grund af parterne i den foreliggende sag.

37. For mig at se er der ingen tvivl om, at dommen ikke kan fortolkes alene på grundlag af domskonklusionen, men at der bør tages hensyn til, at Domstolen i præmis 16 har gjort det helt klart, at såfremt sygdommen viser sig efter barselorlovens udløb, er der ikke grundlag for at sondre mellem sygdom, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, og andre sygdomme.

Dette er også den fortolkning, der anlægges af de forfattere, der har kommenteret denne dom. I alle de kommentarer, jeg har læst, fremhæves det — med mere eller mindre kritiske bemærkninger — at Domstolen, når den fastslår, at artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 ikke er til hinder for afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, mener det fravær, som opstår *efter* barselorloven [22].

38. Dette er også generaladvokat Tesauro's fortolkning af Hertz-dommen, jf. hans forslag til afgørelse i Webb-sagen [23]. I punkt 13, andet afsnit, har han anført, at Domstolen i Hertz-dommen ikke fandt, at afskedigelse af en kvinde på grund af hyppigt sygefravær er direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, selv om sygdommen står i forbindelse med en graviditet eller fødsel, hvis fraværet ligger efter barselorloven [24], og han har i fodnote 12 tilføjet: »dommen kan utvivlsomt ikke læses på den måde, at Domstolen har fundet det lovligt (eller i hvert fald berettiget) at afskedige en kvinde, der var fravæ-

21 — Spørgsmålet var affattet således: »Omfatter bestemmelserne i artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i ... direktiv ... (76/207/EØF) afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel?«

22 — J. Jacqmain: *Chroniques de droit social*, 1991, s. 49 og 50, punkt 4; D. Devos: *Journal des tribunaux du travail*, 1991, s. 121 og 122, punkt 3; J. Shaw, a.st., s. 313-320, især s. 317; E. Traversa: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, s. 425-439, især s. 436; C. Kilpatrick: »How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period« i *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, s. 81 ff., især s. 84; N. Burrows & J. Mair: *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, s. 155; R. Nielsen: *Common Market Law Review*, 1992, s. 160-169, især s. 164; G. More: »Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law« i *The Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, s. 48-56, især s. 53 og 54; M. Bolger: »Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination« i *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, s. 383; M. Rodríguez-Piñero: »Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora« i *Relaciones Laborales*, bind 1, 1991, s. 3 ff., især s. 8; L. Flynn: »Pregnancy and Dismissal: Rejecting the 'Sick Male' comparison« i *Irish Law Times*, november 1994, s. 257; F. Van Kraay: »The Difference Between Pregnant Women and Sick Men« i *Law Teacher*, 1995, bind 29, s. 92 ff., især s. 93; C. M. S. McGlynn: »Webb v. EMO: a hope for the Future« i *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, s. 50 ff., især s. 54; C. Boch: *Common Market Law Review*, 1995, s. 547 ff., især s. 558; T. Hervey: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, 1993, s. 67; E. Szyszczak: »Community Law on Pregnancy and Maternity« i *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, s. 51 ff., især s. 54; M. Bolger: *Irish Law Times and Solicitor's Journal*, 1994, s. 65 og 66.

23 — Forslag til afgørelse i Webb-sagen, fodnote 9, Sml. I, s. 3569 ff.

24 — Generaladvokat Tesauro har anført det samme i sit forslag til afgørelse i Habermann-Beltermann-sagen, fodnote 12, Sml. I, s. 1659 ff.

rende fra arbejdet af en grund (sygdom), som stod i forbindelse med graviditeten. Ved nærmere eftersyn viser det sig nemlig, at Domstolen fandt det afgørende, at Birthe Vibeke Hertz' sygdom først opstod, efter at hun var vendt tilbage til arbejdet efter barselorloven ...«. I punkt 14 understreger han, at »for så vidt som det fremgår af dommen, at afskedigelse på grund af fravær, der skyldes sygdom, som står i forbindelse med graviditeten eller fødslen, men først er opstået i perioden efter barselorlovens udløb, ikke kan betragtes som forskelsbehandling, følger det — så meget desto mere — heraf, at graviditet ikke kan sidestilles med en sygdom ...«.

39. Den modsætning, der ifølge nogle af forfatterne [25] består mellem Dekker-dommen og Hertz-dommen, beror på, at Domstolen i Dekker-dommen har betegnet nægtelsen af at ansætte en kvinde på grund af graviditet som direkte forskelsbehandling, da kun kvinder kan blive gravide. I Hertz-dommen har Domstolen derimod fastslået, at der i forbindelse med en afskedigelse, der finder sted efter barselorloven, ikke skal sondres mellem sygdomme, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, og andre sygdomme. Men det siger jo sig selv, at alene kvinder kan rammes af en sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel. Efter min opfattelse kan de to domme kun forliges, hvis man begrunder denne sondring med, at kvinder, der har født, og hvis barselorlov er afsluttet, ikke befinder sig i en anden fysiologisk tilstand end mandlige arbejdstagere, hvorfor der ikke længere er grund til at sondre mellem sygdommene efter årsag. Hvis man giver en kvindelig arbejdstager, der på et eller andet tidspunkt har født et barn, ret til i resten af hendes karriereforløb at kræve en slags garanti mod afskedigelser, som går ud på ikke at medregne perioder med uarbejdsdygtighed, der ligger efter barselorloven, og som muligvis er forårsaget af denne graviditet eller fødsel, når der skal træffes beslutning om afskedigelsen, vil der helt åbenbart være tale om et privilegium, der er i strid med ligebehandlingsprincippet.

2) Habermann-Beltermann-dommen, hvori Domstolen har fastslået, at det er udtryk for forskelsbehandling, hvis en ansættelseskontrakt erklæres ugyldig eller anfægtes som følge af et lovfæstet forbud mod natarbejde for gravide kvinder

40. I Habermann-Beltermann-dommen af 5. maj 1994 [26] har Domstolen besvaret præjudicielle spørgsmål fra Arbeitsgericht Regensburg vedrørende en ansættelseskontrakt indgået på ubestemt tid mellem en arbejdsgiver og en gravid arbejdstager. Ved underskrivelsen af kontrakten, ifølge hvilken arbejdet skulle finde sted om natten, var

25 — J. Jacqmain, a.st., s. 50; G. More, a.st., s. 55; J. Shaw, a.st., s. 320; E. Traversa, a.st., s. 436, C. M. S. McGlynn, a.st., s. 54 og 55; C. Boch, a.st., s. 559; C. Kilpatrick, a.st., s. 85, E. Szyszczak, a.st., s. 54, og N. Burrows & J. Mair, a.st., s. 155.

26 — Jf. fodnote 12.

begge parter uvidende om graviditeten. Den nationale ret ønskede oplyst, om bestemmelsen i artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 var til hinder for dels, at en sådan kontrakt erklæres ugyldig som følge af et forbud mod natarbejde, der efter national ret gælder under svangerskabet og i amningsperioden, dels at arbejdsgiveren anfægter kontrakten på grund af en vildfarelse med hensyn til væsentlige forudsætninger vedrørende arbejdstageren ved kontraktens indgåelse.

Domstolen bemærkede, at da der var tale om en kontrakt indgået på ubestemt tid, havde forbuddet mod, at gravide kvinder arbejdede om natten, kun betydning for en begrænset periode set i forhold til kontraktens samlede varighed, og at det ville være i strid med de beskyttelseshensyn, der forfølges med bestemmelsen i direktivets artikel 2, stk. 3, og medføre, at den mistede sin gennemslagskraft, såfremt det antoges, at kontrakten kunne erklæres ugyldig eller kunne anfægtes som følge af, at den gravide arbejdstager midlertidigt var afskåret fra at udføre det natarbejde, hun var ansat til. Konkret fastslog Domstolen i sit svar til den nationale ret, at bestemmelserne i direktiv 76/207 er til hinder for, at en ansættelseskontrakt — som er indgået på ubestemt tid, som vedrører arbejde, der skal udføres om natten, og som er indgået mellem en arbejdsgiver og en gravid arbejdstager, der begge har været uvidende om graviditeten — erklæres ugyldig som følge af et lovfæstet forbud mod natarbejde, der efter national ret gælder under svangerskabet og i amningsperioden, og for, at arbejdsgiveren anfægter kontrakten på grund af en vildfarelse med hensyn til væsentlige forudsætninger vedrørende arbejdstageren ved kontraktens indgåelse.

3) Webb-dommen, hvori Domstolen har fastslået, at situationen for en gravid kvinde, der er ude af stand til at udføre den opgave, hun er blevet ansat til, ikke kan sammenlignes med den situation, en mand befinder sig i, når han ligeledes er ude af stand til at udføre en sådan opgave af lægelige eller andre grunde

41. Den 14. juli 1994 afsagde Domstolen dom i Webb-sagen [27] som svar på det præjudicielle spørgsmål om fortolkning af direktiv 76/207, der var forelagt Domstolen af House of Lords med henblik på afgørelse af en tvist mellem en arbejdsgiver og en kvindelig arbejdstager. Sidstnævnte var blevet ansat ved en kontrakt på ubestemt tid og var blevet afskediget af arbejdsgiveren, da denne blev klar over, at hun var gravid, idet hun ifølge arbejdsgiveren fra først af var blevet ansat med det specifikke formål at afløse en anden kvindelig arbejdstager under dennes barselsorlov. I dommen fastslog Domstolen, at man ikke — som ønsket af den forelæggende ret — kan rejse spørgsmålet, om en kvinde, der er ude af stand til at udføre den opgave, hun er blevet ansat til, på grund af en graviditet, der har vist sig kort tid efter arbejdskontraktens indgåelse, befinder sig i en situation, der kan sammenlignes med den situation, en mand befinder sig i, når han ligeledes er ude af stand til at udføre en sådan opgave af lægelige eller andre grunde. I præmis 25

27 — Jf. fodnote 9.

fastslår Domstolen, at »en graviditet på ingen måde [kan] 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. I Hertz-dommen har Domstolen i øvrigt klart sondret mellem graviditet og sygdom, selv i det tilfælde, hvor sygdommen er forårsaget af graviditeten, *men først viser sig efter barselsorloven*«.

Domstolen konkluderer i præmis 27, at i en situation som den, Webb befinder sig i, kan en kontrakt, der er indgået på ubestemt 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.

4) Larsson-dommen, i hvilken Domstolen tilsyneladende finder, at det ikke er udtryk for forskelsbehandling, når der ved beregningen af den periode, der kan give grundlag for opsigelse, tages hensyn til en kvindes uarbejdsdygtighed som følge af graviditet, som indtræder inden påbegyndelsen af barselsorloven

42. På denne baggrund afsagde Domstolen den 29. maj 1997 [28] Larsson-dommen [29]. Domstolen var igen, denne gang af Sø- og Handelsretten, blevet anmodet om at fortolke artikel 5, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 i en sag om en arbejdstager, der var blevet opsagt efter udløbet af sin barselsorlov, fordi hun på grund af sin tilstand havde haft forholdsvis lange fravær, hovedsagelig under graviditeten. Sygemeldingerne var blevet bekræftet ved lægeerklæringer. Jeg vil gennemgå denne dom ret omhyggeligt.

Larsson blev ansat som medarbejder hos Føtex Supermarked A/S 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 18 dage. I anden omgang var hun på grund af en bækkenløsning i forbindelse med graviditeten fraværende i ca. fire en halv måned. Hun fødte den 2. april 1992. Hendes barselsorlov varede i 24 uger og udløb den 18. september 1992. Herefter holdt hun ferie til den 16. oktober. Mens hun havde barselsorlov og under ferien, 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. Den 10. november 1992, dvs. mindre end en måned efter, at hun havde afsluttet sin ferie, tilstillede arbejdsgiveren hende en skrivelse, hvori hun blev opsagt til fratræden med udgangen af december 1992. Opsigelsen var begrundet med hendes »lange fraværsperiode

28 — På dette tidspunkt var fristen for indgivelse af indlæg i den foreliggende sag allerede udløbet.

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

samt den omstændighed, at det næppe [var] sandsynligt, at [hun] på et senere tidspunkt igen — af helbredsmæssige grunde — [ville] blive i stand til på tilfredsstillende måde at passe [sit] job«.

43. Den forelæggende ret ønskede oplyst, om ovennævnte bestemmelser i direktiv 76/207 omfatter 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. Det skal understreges, at spørgsmålet fra den nationale ret vedrørte afskedigelser på grund af fravær *efter endt barselsorlov*.

44. I mit forslag til afgørelse i Larsson-sagen [30] foreslog jeg Domstolen, at denne på grundlag af retspraksis ifølge Hertz-, Webb- og Habermann-Beltermann-dommene fastslog, at der ved anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, som er fastslået i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, må trækkes en grænse på det tidspunkt, hvor barselsorloven udløber. Fra dette 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.

Jeg foreslog at besvare det af den nationale ret forelagte spørgsmål som følger: Artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 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.

45. Som svar på argumenterne fra sagsøgeren i hovedsagen, som gjorde gældende, at der i Hertz-dommen var opstillet en sondring alt efter, hvornår sygdommen viser sig eller opstår, anførte Domstolen i Larsson-dommen, at den »på grundlag af de faktiske omstændigheder i den pågældende sag [blot fastslog], at der ikke ud fra det [i direktiv 76/207] fastsatte princip om ligebehandling er grundlag for at sondre mellem sygdomme, som er forårsaget af graviditet eller fødsel, og andre sygdomme«, og at denne fortolkning »i øvrigt [bekræftes] af, at domskonklusionen i Hertz-dommen ikke omtaler det

30 — Forslag til afgørelse fremsat den 18.2.1997, Sml. I, s. 2759.

tidspunkt, hvor sygdommen viser sig eller opstår« [31].

46. Lidt senere i dommen redegøres der for det standpunkt, der blev indtaget af sagsøgeren i hovedsagen, den danske regering og Kommissionen. De anførte, at det er uforeneligt med fællesskabsretten, hvis arbejdsgiveren ved beregningen af den periode, der efter national ret kan give grundlag for opsigelse, tager hensyn dels til fravær i perioden fra graviditetens indtræden og indtil påbegyndelse af barselsorloven, dels til fravær under barselsorloven. Det fremgår af oplysningerne i hovedsagen, at såfremt de pågældende fraværsperioder samt de fire ugers ferie ikke tages i betragtning, har Larsson kun været fraværende på grund af sygdom i mindre end fire uger, inden hun blev afskediget.

47. Hvad angår den barselsorlovsperiode, der tilkommer en kvinde efter national ret, har Domstolen bemærket, at kvinden er beskyttet mod afskedigelse som følge af sit fravær, og at det ville være i strid med det formål, der forfølges med bestemmelsen i direktivets artikel 2, stk. 3, hvorefter der kan udstedes nationale bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab, og medføre, at bestemmelsen mister sin gennemslagskraft, såfremt det antoges, at fravær i den pågældende periode kunne tages i betragtning som begrundelse for en senere afskedigelse [32]. Uden for den barselsorlovsperiode, der er fastsat af medlemsstaterne, og når der ikke er udfærdiget nationale eller i givet fald fællesskabsretlige bestemmelser, der sikrer kvinder en særlig beskyttelse, er kvinder ikke efter direktiv 76/207 beskyttet mod afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditeten.

48. Domstolen udleder heraf, at »det i direktivet fastsatte princip om ligebehandling [ikke er] til hinder for, at der ved beregningen af den periode, der efter national ret kan give grundlag for opsigelse, for kvinder tages hensyn til fravær i perioden fra graviditetens indtræden og indtil påbegyndelse af barselsorloven«. Domstolen besvarer spørgsmålet fra den nationale ret med, at medmindre andet er fastsat i nationale bestemmelser udstedt i medfør af direktivets artikel 2, stk. 3, er direktivets artikel 5, stk. 1, sammenholdt med dets artikel 2, stk. 1, ikke til hinder for afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, selv hvis sygdommen er opstået under graviditeten og fortsat under og efter barselsorloven [33].

49. Jeg må indrømme, at jeg finder det vanskeligt at forlige disse udtalelser med Domstolens praksis indtil afsigelsen af Larsson-dommen, således som den er beskrevet ovenfor. Domstolen synes i Larsson-dommen ikke alene at indtage en holdning,

31 — Larsson-dommen, fodnote 29, præmis 17.

32 — Præmis 22.

33 — Præmis 24 og 26.

der er modsat den, der kan læses ud af dens tidligere afgørelser, men også direkte at modsige den fortolkning af de tidligere afgørelser, som både Domstolens generaladvokater og de mange, der har kommenteret disse afgørelser, har anlagt.

Jeg finder det også betænkeligt, at Domstolen, der i præmis 20 fastslår, at direktivet ikke er til hinder for afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, selv hvis sygdommen er opstået under graviditeten og fortsat under og efter barselsorloven, ikke har anført, hvornår fraværene fandt sted.

Endvidere fastslår Domstolen i præmis 23, at kvinder uden for barselsorlovsperioden — når der ikke er udfærdiget nationale eller fællesskabsretlige bestemmelser — ikke beskyttes af direktiv 76/207 mod afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditeten, men også her uden at angive tidspunktet for fraværene.

I præmis 24 konkluderer Domstolen tilsvarende, at det i direktivet fastsatte princip om ligebehandling ikke er til hinder for, at der ved beregningen af den periode, der efter national ret kan give grundlag for opsigelsen, for kvinder tages hensyn til fravær i perioden fra graviditetens indtræden og indtil påbegyndelse af barselsorloven, men den præciserer ikke, at fraværene skyldes en sygdom forårsaget af graviditeten.

Endelig giver domskonklusionen ikke et fuldstændigt svar på spørgsmålet fra den nationale ret, som drejede sig om afskedigelser som følge af *fravær efter endt barselsorlov*, såfremt fraværet skyldes sygdom, der er opstået under graviditeten og fortsat under og efter barselsorloven, hvis dette er begrundelsen for, at *afskedigelsen fandt sted efter endt barselsorlov*; Domstolen anfører i svaret, at bestemmelserne i direktivet ikke er til hinder for afskedigelse som følge af fravær, som skyldes en sygdom, der er forårsaget af graviditet eller fødsel, selv hvis sygdommen er opstået under graviditeten og fortsat under og efter barselsorloven. Besvarelsen kommer således ikke ind på, hvornår fraværene og hvornår afskedigelsen har fundet sted.

50. Larsson-dommen giver i betragtning af sine mangler efter min opfattelse ikke grundlag for at hævde, at Domstolen har haft til hensigt at vende praksis 180°. Af hensyn til retssikkerheden finder jeg det derfor meget vigtigt, at Domstolen udtaler sig klart om princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, når det anvendes i forbindelse med afskedigelse af kvinder, der finder sted under graviditeten eller efter barselsorloven, og der ved afskedigelsen tages hensyn til perioder med graviditetsbetinget uarbejds-

dygtighed, der ligger før påbegyndelsen af barselsorloven. Det er netop det, der er sket i Brown's tilfælde.

51. Når alt kommer til alt, må vi alle hjælpe til med at fjerne de rester af forskelsbehandling, som kvinder har lidt under i århundreder [34], en opgave, som alle EU's institutioner er dybt engageret i.

C — *Det første spørgsmål fra House of Lords: afskedigelse af en gravid kvinde på grund af uarbejdsdygtighed som følge af graviditeten*

52. Den forelæggende ret ønsker med dette spørgsmål oplyst, om det er i strid med ligebehandlingsprincippet i direktiv 76/207 at afskedige en arbejdstager under hendes graviditet på grund af fravær som følge af en uarbejdsdygtighed, der skyldes graviditeten, og om det gør nogen forskel for besvarelsen af spørgsmålet, at afskedigelsen skete i medfør af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte — uanset den ansattes køn — efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger.

53. Der er ingen tvivl om, at fællesskabsretten ville have forhindret afskedigelsen af Brown, såfremt fristen for gennemførelsen af direktiv 92/85 allerede var udløbet, da der opstod komplikationer i forbindelse med Brown's graviditet. Men direktiv 92/85 var end ikke vedtaget på det tidspunkt. De fællesskabsbestemmelser, der finder anvendelse på dette tilfælde, er således alene direktiv 76/207.

54. Jeg skal her bemærke, at det af artikel 5 i direktiv 76/207 fremgår, at 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.

Går man ud fra, at lighed, som defineret af forfatningsdomstolen i en af medlemsstaterne, »... ikke er noget bestående eller et abstrakt matematisk begreb, men derimod det forhold, at forskellige situationer behandles forskelligt og ens situationer behandles ens« [35], vil jeg under hensyntagen til Domstolens faste praksis, ifølge hvilken »forskelsbehandling ... kun kan bestå i, at der

34 — Se f.eks. Miguel de Cervantes i kapitel XLII i første del af *Don Quijote af Mancha*, hvor gedehyrden, der fortæller historien om Leandra, nævner »... kvindernes naturlige tilbøjelighed til oftest at foretrække det ubesindige og uoverlagte«. Han siger senere, at han følger en anden vej, der efter hans mening er den sikreste, og som går ud på at »skælde ud over kvindernes letsindighed, deres ubestandighed, forstillelse, falske løfter og troløshed og endelig over den mangel på forståelse, de viser, når det drejer sig om at vælge et mål for deres ønsker og tilbøjeligheder«. Revideret og bearbejdet af Tom Smidth, Martins forlag 1963, s. 398 og 399.

35 — Dom afsagt den 6.3.1987 af den spanske forfatningsdomstol, 29/1987; præmis 5 b) (BOE af 24.3.1987).

på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer« [36], i det følgende undersøge, om afskedigelsen af en gravid kvinde på grund af uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditeten finder sted på samme vilkår som afskedigelsen af en mand som følge af uarbejdsdygtighed af samme varighed forårsaget af sygdom.

55. I modsætning til situationen for Hertz, hvis uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditet og fødsel begyndte ret længe efter barselsorloven, manifesterede komplikationerne i forbindelse med Brown's graviditet, som forhindrede hende i at arbejde under en stor del af graviditeten, sig på et meget tidligt tidspunkt. Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Brown var uarbejdsdygtig i de 26 uger, som ifølge en kontraktbestemmelse i ansættelseskontrakten med Rentokil kunne begrunde hendes afskedigelse, og at der derefter forløb endnu seks uger før nedkomsten. I betragtning af, at et svangerskab varer gennemsnitlig 38 uger, når jeg frem til, at Brown kun kan have arbejdet i de første fem eller seks svangerskabsuger.

56. Er det mon stadig på dette stadium nødvendigt at gentage noget, der siger sig selv: graviditet er en situation, der kun berører kvinder, da kun kvinder kan blive gravide. Ud over at være en biologisk situation, der er forbeholdt kvinder, er graviditet noget tidsbegrænset, som i den tid, der er tale om, kan give anledning til ikke alene de velkendte morgenkvalmer, men også komplikationer som f.eks. risiko for abort eller plukkeveer forårsaget af stress, der kan tvinge kvinder til at holde sig i fuldstændig ro i perioder, der kan variere fra 2-3 måneder til hele svangerskabsforløbet.

57. Domstolen har i den så ofte citerede Hertz-dom gjort det helt klart, at »... afskedigelse af en kvinde på grund af hyppigt sygefravær, *som ikke er forårsaget af graviditet eller fødsel,* ikke [er] direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt også mænd med et sådant sygefravær afskediges« [37].

58. Spørgsmålet er dog, om man kan sige, at afskedigelse af en gravid kvinde på grund af hyppigt sygefravær, *som er forårsaget af graviditet,* sker på samme vilkår som afskedigelsen af en mand, der har haft sygefravær af samme længde? Det mener jeg ikke, at man kan.

36 — Dom af 14.2.1995, sag C-279/95, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30.

37 — Præmis 14.

59. Uden at ville blande mig i spørgsmål, som kun læger kan vurdere, ønsker jeg at fremhæve, at selv om det er rigtigt, at graviditet, som fastslået af Domstolen i Webb-dommen, på ingen måde kan sammenlignes med en patologisk tilstand [38], ved vi alle, at der findes såkaldte »risikobehæftede« graviditeter såsom, blot for at nævne nogle eksempler, tilfælde, hvor kvinderne tidligere har født for tidligt eller har fået dødfødte børn, tilfælde, hvor moderkagen er sunket ned, hvor kvinden er blevet kunstigt befrugtet, eller hvor hun lider af hjertesygdom eller sukkersyge. Sådanne graviditeter er ikke karakteriseret ved, at de fremkalder en »sygdom« hos kvinden, men ved, at de som regel tvinger kvinden til at underkaste sig et meget strengt lægetilsyn og i nogle af de nævnte tilfælde til at holde sig i fuldstændig ro i flere måneder, undertiden under hele graviditeten [39].

Jeg kan ikke tilslutte mig det synspunkt, at man i situationer af denne type, hvor kvinden ikke er ramt af en eller anden sygdom, men blot er gravid, kan hævde, at hun i tilfælde af hyppige sygefravær afskediges på samme vilkår som en mand, der har haft sygefravær af samme længde. Det samme gælder, når uarbejdsdygtigheden skyldes, at graviditeten forværrer en allerede eksisterende sygdom eller fremkalder en tilstand, der kan betegnes som en egentlig sygdom.

38 — Præmis 25.

39 — Der er heldigvis kun få kvinder, der bliver uarbejdsdygtige i så lang tid på grund af graviditet, nemlig mellem 10 og 15%.

60. Selv om den gravide kvindelige arbejdstager, hvis tilstand forhindrer hende i at arbejde, og en syg mandlig arbejdstager har det til fælles, at de begge midlertidigt er ude af stand til at varetage deres arbejdsforpligtelser, er der væsentlige forskelle: alene kvinder vil en gang imellem i deres arbejdsliv befinde sig i en situation, hvor de forhindres i at arbejde på grund af en graviditet; hertil kommer, at uarbejdsdygtigheden som følge af graviditet i de fleste tilfælde vil ophøre på et tidspunkt, der mere eller mindre nøjagtigt fastsættes på forhånd, nemlig ved nedkomsten.

61. De fleste af medlemsstaterne synes på det tidspunkt, hvor begivenhederne i hovedsagen fandt sted, at have taget hensyn til disse forhold i deres nationale lovgivning. Disse medlemsstater har også valgt nogenlunde de samme løsninger, som imidlertid afviger radikalt fra de løsninger, der er fastsat i Det Forenede Kongeriges og Irlands lovgivninger.

Således havde kvinder i Tyskland fra graviditetens indtræden til efter nedkomsten en særlig beskyttelse, som bestod i, at afskedigelsen var betinget af en administrativ godkendelse; i Danmark fandt Arbejdsministeriet, at det var udtryk for forskelsbehandling, hvis der i beslutningen om afskedigelse blev taget hensyn til fravær, som skyldtes uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditet, før nedkomsten; i Frankrig måtte arbejdsgivere ikke afskedige en gravid kvinde under hendes barselsorlov og i de fire efterfølgende uger; i Grækenland kunne man ikke afskedige en kvinde under hendes graviditet, og heller ikke i et år efter nedkomsten eller

under fravær, som skyldtes uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditet eller fødsel; i Italien gjaldt forbuddet mod afskedigelse fra graviditetens indtræden til slutningen af barnets første leveår, og ifølge retspraksis kunne kvinden i denne periode heller ikke afskediges med den begrundelse, at hun havde nået grænsen for, hvor mange dage hun måtte være sygemeldt; i Nederlandene var det forbudt at afskedige en kvinde under graviditeten, barselsorloven og de seks følgende uger; i Portugal kunne man ikke afskedige en arbejdstager på grund af uarbejdsdygtighed, medmindre denne uarbejdsdygtighed var absolut og definitiv, og efter bestemmelserne om gravide kvinder var det forbudt at afskedige dem, såfremt deres uarbejdsdygtighed var forårsaget af graviditet eller af en sygdom i forbindelse med graviditeten. Endelig skal nævnes, at selv om der i Spanien ikke var nogen specifik lovgivning, der beskyttede gravide kvinder mod afskedigelse, anerkendte retspraksis ikke afskedigelser begrundet i fravær som følge af uarbejdsdygtighed forårsaget af risikobehæftede graviditeter eller som følge af sygdomme i forbindelse med graviditeten.

Hvad angår de tre nye medlemsstater var kvinder i Østrig omfattet af en særlig beskyttelse fra graviditetens indtræden til lige efter fødslen, hvorved beskyttelsen bestod i, at afskedigelser i denne periode skulle godkendes af retten; i Finland krævedes det for at afskedige en arbejdstager på grund af uarbejdsdygtighed, at arbejdsevnen var væsentligt og vedvarende nedsat; endelig kunne man i Sverige ikke begrunde en afskedigelse med uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, såfremt der var sandsynlighed for, at arbejdstageren ville blive helbredt, og en kvinde kunne ikke afskediges på grund af uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditet.

62. Sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, at afskedigelsen af Brown skyldtes den »unormale« karakter af hendes graviditet. Sagsøgte har anført, at såfremt virksomheden under henvisning til årsagen til Brown's uarbejdsdygtighed havde behandlet hende anderledes, end den behandler gravide arbejdstagere, hvis graviditet ikke forhindrer dem i at arbejde, eller syge mandlige arbejdstagere, ville dette have været udtryk for positiv særbehandling, som kun ville gælde for en vis gruppe kvinder.

Der er to grunde til, at jeg ikke kan tilslutte mig dette synspunkt. For det første må man ikke glemme, at direktiv 76/207 fastsætter princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder vilkår for afskedigelse, og at man, når man søger et sammenligningsparameter, ikke kan drage paralleller eller konstatere forskelle mellem to gravide kvinder, hvis graviditeter er mere eller mindre ukomplicerede eller problematiske, for sammenligningsgrundlaget skal altid være en mandlig arbejdstager. For det andet er situationen for en gravid kvinde, som på grund af graviditet er forhindret i at arbejde, som nævnt i det foregående punkt, ikke sammenlignelig med situationen for en syg mand, når henses til det ligebehandlingsprincip, der er fastsat i dette direktiv.

63. Jeg er heller ikke enig med Det Forenede Kongerige, som foreslår at sondre mellem på den ene side afskedigelse på grund af normale risici og gener ved graviditet og fødsel, og her nævnes eksempelvis fravær fra arbejdet med henblik på rutinemæssige lægeundersøgelser og korte fravær på grund af morgenkvalme, og på den anden side afskedigelse af en kvinde på grund af sygdom, hvad enten sygdommen har forbindelse med graviditeten eller ej. Jeg tror, at dette forslag om en sondring kan føres tilbage til punkt 47 og 48 i generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i Dekker- og Hertz-sagerne, hvor Darmon i Hertz-sagen behandlede muligheden af at fastsætte regler om varigheden af beskyttelsen som følge af moderskab [40].

64. Rent bortset fra, at det er usandsynligt, at en kvinde vil blive afskediget på grund af fravær fra arbejdet, når hun går til rutinemæssig lægeundersøgelse, eller på grund af korte fravær som følge af morgenkvalme [41], er Det Forenede Kongeriges synspunkt efter min opfattelse baseret på en fortolkning af det nævnte forslag, som helt ser bort fra konteksten. Som jeg allerede har anført i punkt 30, foreslår Darmon nemlig 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 barselsorlov, hvilke risici 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.

Det må imidlertid ikke glemmes, at Hertz blev afskediget på grund af uarbejdsdygtighed, som ganske vist var forårsaget af fødslen, men som først havde forhindret hende i at arbejde et år efter udløbet af hendes barselsorlov. For mig at se er det grunden til, at generaladvokaten senere tilføjer, at sygefravær, selv om disse skyldes graviditet eller fødsel, ikke kan betragtes som normale risici i forbindelse med moderskabet, såfremt arbejdstageren har udtømt alle lovlige muligheder for barselsorlov.

65. Jeg finder derfor, at hvis man skal sondre mellem de normale risici som følge af graviditet og fødsel og patologiske tilstande, som ikke er normale risici som følge af graviditet, må sondringen være kronologisk. De normale risici vil da være dem, der viser sig, mens kvinden befinder sig i en af disse situationer, dvs. mens hun er gravid, eller mens hun har barselsorlov, mens de patologiske tilstande er alle dem, der viser sig efter udløbet af barselsorloven, selv om de kan være forårsaget af graviditeten og fødslen.

40 — Jf. fodnote 17.

41 — Opkastene om morgenen kan være meget voldsomme og fortsætte langt ud over de tre første måneder og endog i visse tilfælde kræve indlæggelse på sygehus.

66. Af de ovenfor anførte grunde finder jeg, at afskedigelsen af en kvinde, mens hun er gravid, på grund af uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditeten udgør en direkte forskelsbehandling i strid med artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, idet afskedigelsen skyldes en situation, som kun kvinder kan befinde sig i.

67. Jeg vil gerne understrege, at den fortolkning, jeg foreslår, efter min opfattelse er den eneste mulige fortolkning af artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 og af Domstolens praksis frem til Larsson-dommen. Hvis dette ikke var tilfældet, således at en gravid kvindes karriereudsigter afhænger af, at graviditeten ikke frembyder for mange komplikationer, ville jeg med en omskrivning af Papinian sige, at trods de århundreder, der er forløbet, »er kvinder ringere stillet end mænd i mange [fællesskabs-]retlige henseender« [42].

68. Den forelæggende ret spørger ligeledes, om det gør nogen forskel for denne besvarelse, at den ansatte blev afskediget i medfør af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte — uanset den ansattes køn — efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger.

69. Jeg finder, at det af den ovenfor anførte argumentation kan udledes, at det ikke gør nogen forskel for besvarelsen af det første spørgsmål, at den ansatte er blevet afskediget i medfør af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte efter sygefravær af en vis længde uanset den ansattes køn. Denne kontraktbestemmelse, der gælder såvel mænd som kvinder, og som uden videre ligestiller uarbejdsdygtighed som følge af graviditet med uarbejdsdygtighed som følge af sygdom, er nemlig udtryk for en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, idet den anvender samme regel på forskellige situationer ved at medregne uarbejdsdygtighed, der kun kan berøre kvinder, ved beregningen af de sygefraværsperioder, der kan begrunde afskedigelse.

70. At reglen er indføjet i ansættelseskontrakten har ingen betydning i denne forbindelse. For det første skal medlemsstaterne i medfør af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 76/207 sørge for, at de bestemmelser i bl.a. individuelle arbejdskontrakter, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, anses for ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres. For det andet har Domstolen allerede fastslået, at »enhver national retsinstans ved fortolkningen og anvendelsen af national ret må gå ud fra, at staten har haft til hensigt fuldt ud at opfylde de forpligtelser, der følger af det pågældende direktiv« [43]. Endelig påhviler den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, bind I, første bog (Human Status), s. 16. »In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.«

43 — Dom af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 20.

eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, samtlige myndigheder i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3 [44].

71. Jeg finder, at mit forslag til besvarelse af den forelæggende rets første spørgsmål gør det overflødigt at besvare det andet spørgsmål. Jeg vil dog gennemgå dette for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig med mig.

D — *Det andet spørgsmål fra House of Lords: afskedigelse af en gravid kvinde i den periode, hvor hun, hvis hun havde opfyldt betingelserne i den nationale lovgivning, ville have opnået ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditet og fødsel*

72. Den nationale ret ønsker med det andet spørgsmål oplyst, om det er i strid med det i direktiv 76/207 fastsatte ligebehandlingsprincip at afskedige en kvindelig ansat på grund af fravær som følge af en sygdom, der skyldes graviditet, når hun ikke har opnået ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditet og fødsel i den i national ret bestemte periode, fordi hun ikke opfylder betingelsen om beskæftigelse af en vis mindste varighed, og hun afskediges i denne periode; den nationale ret spørger endvidere, om det gør nogen forskel for besvarelsen af dette spørgsmål, at den kvindelige arbejdstager blev afskediget i henhold til en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger uanset den ansattes køn.

73. Af oplysningerne i forelæggelseskendelsen udleder jeg, at den nationale ret med dette spørgsmål ønsker oplyst, om direktiv 76/207 skal fortolkes således, at det pålægger medlemsstaterne pligt til i deres interne retsorden at sikre, at kvindelige arbejdstagere har ret til at være fraværende fra arbejdet i en bestemt periode, fordi de sætter et barn i verden, uden at andre betingelser kan kræves opfyldt.

74. Formålet med direktiv 76/207 er i medlemsstaterne at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår. Ifølge direktivets artikel 2, stk. 3, er direktivet dog ikke til hinder for, at medlemsstaterne giver kvinder særlige rettigheder i

44 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8.

forbindelse med graviditet og moderskab. Bestemmelserne indebærer således blot, at der kan vedtages regler for beskyttelse af kvinder i disse situationer som undtagelse fra ligebehandlingsprincippet; bestemmelserne forpligter ikke medlemsstaterne til at indføre love med dette indhold, ligesom de ikke nærmere angiver, hvilke rettigheder der skal være tale om eller betingelserne for rettighedernes udøvelse.

75. Domstolen har fortolket artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 således, at bestemmelsen ved at give medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med »graviditet og moderskab« anerkender, at det i forhold til princippet om ligebehandling er berettiget at beskytte kvinder i to henseender, nemlig for det første kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, og for det andet det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen [45].

76. Jeg skal i øvrigt erindre om, at Domstolen i Hertz-dommen har fastslået, at »... [direktiv 76/207 ikke omhandler] det tilfælde, at sygdommen er forårsaget af graviditet eller fødsel. Derimod tillader direktivet 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. Det tilkommer den enkelte medlemsstat at fastsætte barselsorlovsperioden således, at kvinder kan være fraværende i den periode, hvor graviditets- og fødselsbetingede sygdomme må forventes at opstå« [46].

77. Da begivenhederne i hovedsagen fandt sted, anerkendte den britiske lovgivning en kvindelig arbejdstagers ret til at være fraværende fra sit arbejde fra begyndelsen af den 11. uge inden nedkomsten og til at genoptage arbejdet inden for 29 uger efter nedkomsten, såfremt følgende betingelser var opfyldt: Hun skulle have været ansat i virksomheden indtil begyndelsen af denne 11. uge; på dette tidspunkt skulle hun have været ansat i to år uden afbrydelser; hun skulle have overholdt reglerne for underretning af arbejdsgiveren; på dennes anmodning skulle hun fremlægge en lægeattest med angivelse af, i hvilken uge nedkomsten var forventet [47].

45 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hoffmann, Sml. s. 3047, præmis 25, Habermann-Beltermann-dommen, præmis 21, og Webb-dommen, præmis 20.

46 — Præmis 15.

47 — Den pågældende lovgivning er usædvanlig kompliceret og har givet anledning til følgende udbrud fra Employment Appeal Tribunal i sagen Lavery mod Plessey Telecommunications Ltd, 1982, ICR 373, 379: »These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so.«

Ifølge oplysningerne i sagen ville Brown, hvis hun ved begyndelsen af den 11. uge før datoen for den forventede nedkomst havde været ansat i to år i Rentokil, have haft ret til fravær fra arbejdet på grund af det forestående moderskab inden sammenlægningen af de 26 ugers sygefravær, der i hendes tilfælde førte til afskedigelse. Det kan således antages, at Brown, såfremt hendes ret til fravær ikke havde været afhængig af opfyldelsen af ovenstående betingelser, kunne have født og samtidig bevaret muligheden for at genoptage arbejdet inden for 29 uger fra fødslen.

Det er også kommet frem under retsmødet, at Brown havde ret til den lavere moderskabsydelse fra staten.

78. Det er et spørgsmål, om en kvinde, der snart skal føde, er beskyttet mod afskedigelse på grund af fravær, fordi hendes kontrakt i medfør af national lovgivning suspenderes i en vis periode, hvilket nødvendigvis indebærer, at hun har ret til at genoptage sit tidligere arbejde, eller om det er tilstrækkeligt, at hun, når hun ophører med at arbejde, kan kræve en ydelse fra staten uden at have ret til at genoptage arbejdet.

79. Efter min opfattelse kan man kun tale om »barselsorlovsperiode« i den betydning, der fremgår af Domstolens praksis — dvs. den periode, i hvilken kvinder befinder sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, en mand, eller en kvinde, som arbejder normalt, befinder sig i [48], og hvor de er beskyttet mod afskedigelser på grund af fravær — når der er tale om den periode, der er fastsat i den nationale lovgivning som særlig arbejdsretlig rettighed, der giver kvinder mulighed for at ophøre med at arbejde i en bestemt periode, hvor de helt eller delvis bevarer retten til deres løn eller til visse indkomster i form af sociale sikringsydelser, og uden at dette medfører, at de mister deres arbejde.

80. Den blotte ret, som Brown eller enhver anden kvindelig arbejdstager, der som Brown ikke opfylder betingelserne for at opnå midlertidig suspension af ansættelseskontrakten, har til i en periode på højst 18 uger at få udbetalt en moderskabsydelse fra staten, såfremt de ophører med at arbejde for at føde uden mulighed for at genoptage arbejdet, er i forhold til ligebehandlingsprincippet ikke en særlig arbejdsretlig rettighed, der skal beskytte kvindens fysiske tilstand eller forholdet mellem moderen og barnet i perioden efter fødslen.

48 — Dom af 13.2.196, sag C 342/93, Gillespie, Sml. I, s. 475, præmis 17.

Retten til at ophøre med at arbejde i en ikke nærmere bestemt periode og til i en begrænset periode at modtage en økonomisk ydelse fra staten er nemlig ikke forbeholdt kvinder, og man behøver hverken være gravid eller have født for at kunne udøve denne rettighed.

81. Følgelig kan man efter min opfattelse ikke betragte den periode på 11 uger før datoen for den forventede nedkomst, i hvilken Brown kunne have været fraværende fra sit arbejde, såfremt hun havde opfyldt betingelserne herfor, som en periode, hvor hun var beskyttet mod afskedigelse som følge af fraværet.

82. I øvrigt var direktiv 92/85, som indfører konkrete foranstaltninger til fællesskabsretlig beskyttelse af kvinder, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, og som bestemmer, at medlemsstaterne i deres lovgivning skal indføre en barselsorlov på mindst 14 sammenhængende uger, hvoraf to er obligatoriske, ikke vedtaget på det tidspunkt, hvor begivenhederne i hovedsagen fandt sted.

83. Under disse omstændigheder må det for det tilfælde, at Domstolen finder, at det ikke er udtryk for forskelsbehandling at afskedige en gravid kvinde på grund af sygefravær forårsaget af graviditet, konkluderes, at bestemmelserne i direktiv 76/207 ikke er til hinder for, at denne gravide kvinde, som ikke opfylder den nationale lovgivnings krav med hensyn til ansættelsens varighed som betingelse for, at hun har ret til at være fraværende fra arbejdet på grund af graviditet eller fødsel, afskediges i den periode, hvor hun kunne have udøvet denne ret, hvis hun havde haft den.

84. Jeg vil gerne afslutningsvis anføre, at den omstændighed, at den kvindelige arbejdstager blev afskediget på grundlag af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte — uanset køn — efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger, på ingen måde påvirker mit forslag til besvarelse af dette spørgsmål.

## VII — Forslag til afgørelse

I betragtning af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål fra House of Lords således:

»1) a) Afskedigelse af en kvinde, mens hun er gravid, på grund af uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditeten er i strid med 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.

b) Den omstændighed, at afskedigelsen finder sted på grundlag af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte

— uanset køn — efter et vist sygefravær, gør ingen forskel for besvarelsen af spørgsmål 1, punkt a).«

Såfremt Domstolen derimod finder, at det ikke er udtryk for forskelsbehandling at afskedige en gravid kvinde på grund af uarbejdsdygtighed forårsaget af graviditeten, foreslår jeg, at den besvarer det andet præjudicielle spørgsmål således:

»2) a) Artikel 5, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 er ikke til hinder for, at en gravid kvinde, som ikke opfylder den nationale lovgivnings krav med hensyn til ansættelsens varighed som betingelse for ret til fravær på grund af graviditet eller fødsel, afskediges i den periode, hvor hun kunne have udøvet denne ret, såfremt hun havde haft den.

b) Den omstændighed, at den kvindelige arbejdstager er blevet afskediget på grundlag af en kontraktbestemmelse, hvorefter arbejdsgiveren har ret til at afskedige ansatte — uanset køn — efter uafbrudt fravær i et bestemt antal uger, er uden betydning i denne forbindelse.«