FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 5 februari 1998 *

Innehåll

I — Tvisten vid de nationella domstolarna ..... I - 4188

II — Tolkningsfrågorna ..... I - 4190

III — Gemenskapslagstiftningen ..... I - 4191

IV — De nationella bestämmelserna ..... I - 4192

V — Yttrandena under förfarandet vid domstolen ..... I - 4195

VI — Undersökning av tolkningsfrågorna ..... I - 4197

A — Inledande anmärkningar ..... I - 4197

B — Domstolens rättspraxis avseende tillämpningen av arbetstagarnas rättigheter som regleras i direktiv 76/207 på arbetstagare som är gravida eller som nyligen har fött barn ..... I - 4201

1) Domen i målet Dekker och i målet Hertz där domstolen ansåg att det är diskriminerande att neka en gravid kvinna anställning, men att det inte är diskriminerande att säga upp henne på grund av arbetsoförmåga som börjat efter mammaledigheten, även om sjukdomen har förorsakats av förlossningen ..... I - 4201

2) Domen i målet Habermann-Beltermann där domstolen ansåg att det är diskriminerande att ett anställningsavtal förklaras vara utan verkan eller hävs till följd av ett lagstadgat förbud mot gravida kvinnors nattarbete . I - 4207

3) Domen i målet Webb där domstolen ansåg att situationen för en gravid kvinna som är oförmögen att sköta det uppdrag för vilket hon har blivit anställd inte kan jämföras med situationen för en man som har samma oförmåga av medicinska eller andra skäl ..... I - 4208

4) Domen i målet Larsson där domstolen förefaller ha ansett att det inte är diskriminerande att med avseende på uppsägning beakta kvinnans arbetsoförmåga som har förorsakats av graviditeten före mammaledigheten ..... I - 4209

* Originalspråk: spanska.

C — Den första tolkningsfrågan från House of Lords: Uppsägning av en gravid kvinna på grund av arbetsoförmåga som följer av graviditet ..... I - 4213

D — Den andra tolkningsfrågan från House of Lords: Uppsägning av en gravid kvinna under den period under vilken hon skulle ha fått vara frånvarande från arbetet på grund av graviditet och förlossning, eftersom hon uppfyllde villkoren enligt den nationella lagstiftningen ..... I - 4219

VII — Förslag till avgörande ..... I - 4222

1. Strider det mot gemenskapsrätten, närmare bestämt mot bestämmelserna i direktiv 76/207/EEG [1] (nedan kallat direktiv 76/207), att en arbetsgivare säger upp en gravid arbetstagare på grund av arbetsoförmåga som beror på graviditeten och som har pågått längre än vad som har överenskommits i anställningsavtalet beträffande rätten att säga upp arbetstagare på grund av sjukdom? Detta är i stort sett den tolkningsfråga som House of Lords har ställt i detta fall.

I — Tvisten vid de nationella domstolarna

2. Enligt beslutet om hänskjutande är de faktiska omständigheterna följande: Mary Brown, som är kärande i målet vid den nationella domstolen, var anställd som chaufför vid företaget Rentokil Initial UK Ltd (nedan kallat Rentokil), som är svarande i tvisten. Hennes arbete bestod huvudsakligen i att transportera och byta ut Sanitact-enheter i affärer och andra anläggningar. Hon underrättade i augusti 1990 företaget om att hon var gravid.

Senare under graviditeten tillstötte komplikationer på grund av ett antal inbördes sammanhängande orsaker som inte framgår av handlingarna i målet. Från och med den 16 augusti 1990 företedde hon flera läkarintyg där hon i vart och ett av intygen beviljades sjukledighet på fyra veckor, med stöd av diagnoser som "graviditetssymptom", "blödningar på grund av graviditet" och "smärtor på grund av graviditet". Från och med detta var käranden arbetsoförmögen fram till dess att hon blev uppsagd.

3. Svaranden tog in ett villkor i anställningsavtalet enligt vilket en anställd, oberoende av kön, skulle sägas upp, om han eller hon var arbetsoförmögen i över tjugosex veckor utan avbrott. Mary Brown hade den 9 november 1990 ett möte med företagsledningen som meddelade att över hälften av denna period redan hade gått och erinrade om att om hon

1 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

inte återupptog sitt arbete den 8 februari följande år, skulle företaget anse att avtalet hade hävts, efter en oberoende läkarundersökning där hennes arbetsförmåga skulle fastställas. Dessa punkter upprepades i en skrivelse av samma datum.

Efter att ha mottagit skrivelsen återvände käranden inte till sin arbetsplats. Båda parterna har anfört att det inte i något skede föreslogs att käranden skulle kunna återuppta arbetet efter det att de tjugosex veckorna gått.

4. I enlighet med det ovannämnda villkoret sades, genom en skrivelse av den 30 januari 1991, käranden upp från och med den 8 februari 1991 då hon fortfarande var gravid. Förlossningen ägde rum den 22 mars 1991.

5. Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande angett följande. Förutsatt att den 22 mars 1991 även skulle ha varit den beräknade dagen för förlossningen, käranden hade den 30 december 1990 kunnat tillgodoräkna sig två anställningsår, skulle hon ha haft rätt att på grund av graviditeten vara frånvarande från arbetet från och med den elfte veckan före förlossningen. [2] Hon skulle således ha kunnat återvända till arbetsplatsen när som helst under de tjugonio veckorna efter förlossningen (right to return to work). Eftersom kärandens anställningstid inte möjliggjorde detta, kunde hon inte göra bruk av dessa rättigheter. Om hon inte hade blivit uppsagd, skulle hon ha haft rätt till föräldrapenning från arbetsgivaren.

6. Industrial Tribunal ogillade talan avseende diskriminering på grund av kön och hävdade att "det står klart att en sådan situation som den som föreligger i detta mål, med frånvaro som berodde på en sjukdom i samband med graviditeten som började långt innan bestämmelserna om föräldrapenning blev tillämpliga och som utan avbrott pågick fram till förlossningen inte automatiskt kan betecknas som diskriminerande, eftersom uppsägningen berodde på graviditet".

7. Employment Appeal Tribunal avslog Mary Browns överklagande i dom av den 23 mars 1992. Sagda domstol ansåg sig bunden av domen från år 1992 av Court of Appeal i målet Webb mot Air Cargo UK Limited och fastslog att underrätten, med det rättsliga läge som råder för närvarande, hade kommit fram till korrekt slutsats.

8. Då Lord Allanbridge den 18 januari 1995 avkunnade domen vid Extra Division vid Court of Session (Skottlands högsta domstol

2 — I enlighet med artikel 33 i Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (lag om skydd för arbetstagare, konsoliderad version).

i civilmål) anförde han att den inledande slutsatsen var att det i Mary Browns fall inte hade förekommit någon diskriminering på grund av kön i den mening som avses i Sex Discrimination Act 1975. Vidare hävdade han att den klara skillnad mellan graviditet och sjukdomar som kan bero på graviditet, som domstolen slog fast i domen i målet Hertz [3], är tillämplig på Mary Browns överklagande. Klaganden, vars frånvaro från arbetet berodde på en sjukdom och som sades upp på grund av denna sjukdom i februari 1991, kunde i det då aktuella fallet inte vinna bifall på sina grunder.

II — Tolkningsfrågorna

9. För att lösa denna tvist, som följer av att domen av den 18 januari 1995 har överklagats till House of Lords, har sagda organ efter att ha hört parternas argument beslutat att begära att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

"1) a) Strider det mot artiklarna 2.1 och 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG (nedan kallat 'likabehandlingsdirektivet') att säga upp en kvinnlig arbetstagare vid någon tidpunkt under graviditeten på grund av sjukfrånvaro som har förorsakats av graviditeten?

b) Påverkas svaret på fråga 1 a) om arbetstagaren i fråga har sagts upp i enlighet med ett avtalsvillkor som ger arbetsgivaren rätt att säga upp arbetstagare, oberoende av kön, efter ett visst antal veckor av oavbruten frånvaro?

2) a) Strider det mot artiklarna 2.1 och 5.1 i likabehandlingsdirektivet att på grund av sjukfrånvaro som har förorsakats av graviditet säga upp en kvinnlig arbetstagare som inte uppfyller kraven för att ha rätt att utebli från arbetet på grund av graviditet eller förlossning under den tid som anges i nationell lag, eftersom hon inte har varit anställd under den tid som föreskrivs i nationell lag, när uppsägningen sker under denna tidsperiod?

b) Påverkas svaret på fråga 2 a) om arbetstagaren i fråga har sagts upp i enlighet med ett avtalsvillkor som ger arbetsgivaren rätt att säga upp arbetstagare, oberoende av kön, efter ett visst antal veckor av oavbruten frånvaro?"

3 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-179/88, Handels-og Kontorfunktionærernes forbund, "Hertz" (REG 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, häfte 10).

III — Gemenskapslagstiftningen

Alla de gemenskapsbestämmelser vilkas tolkning är nödvändig för att lösa denna tvist återfinns i artikel 2.1, 2.3 och artikel 5.1 och 5.2 i direktiv 76/207, vilka har följande lydelse:

"Artikel 2

1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

2. ...

3. Detta direktiv skall inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap."

"Artikel 5

1. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.

2. För detta ändamål skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att

a) alla lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen avskaffas,

b) alla bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras,

c) ...".

10. Rådet antog den 19 oktober 1992 direktiv 92/85/EEG [4], som syftar till att skydda säkerhet och hälsa för arbetstagare som är gravida, nyligen har fått barn eller ammar (nedan kallat direktiv 92/85), vilket ålägger medlemsstaterna att senast den 19 oktober 1994 bland annat anta de bestämmelser som är nödvändiga för att arbetstagarna skall åtnjuta en mammaledighet på minst fjorton sammanhängande veckor före och/eller efter förlossningen, samt en obligatorisk mammaledighet på minst två veckor. Med följande uttryck föreskrivs där även att en gravid arbetstagare inte får sägas upp:

"Artikel 10

...

1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra att [...] sådana arbetstagare ... [som är gravida, nyligen har fått barn eller ammar] sägs upp under tiden från början av graviditeten och till utgången av ... mammaledighet[en] ..., om detta inte sker i undantagsfall av skäl som inte sammanhänger med deras tillstånd och som enligt nationell lagstiftning eller praxis utgör tillräcklig grund för uppsägning, samt i tillämpliga fall, den behöriga myndigheten har lämnat sitt medgivande.

..."

11. Eftersom Mary Brown sades upp i början av år 1991, finns det emellertid inte något behov av att tolka dessa bestämmelser.

IV — De nationella bestämmelserna

12. De nationella bestämmelser som är tillämpliga på tvisten vid den nationella domstolen återfinns i Sex Discrimination Act 1975 (nedan kallad 1975 års lag), i Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (nedan kallad 1978 års lag) och i Social Security Act 1986 (nedan kallad 1986 års lag).

I artiklarna 1 och 5 i 1975 års lag föreskrivs att en kvinna diskrimineras på grund av sitt kön om hon i den mening som avses i denna lag behandlas sämre än en man. Jämförelsen mellan de situationer i vilka två personer av olika kön eller olika civilstånd befinner sig skall göras så, att omständigheterna i båda fallen är likadana eller inte skiljer sig från varandra i materiellt hänseende.

Vad gäller de rättigheter som hänger samman med graviditet och moderskap föreskrivs i

4 — Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

1978 års lag vid den tidpunkt då Mary Brown sades upp att en kvinnlig anställd som är frånvarande från sitt arbete på grund av graviditet eller förlossning har rätt att återvända till sin arbetsplats förutsatt att följande villkor är uppfyllda:

— Hon skall fortsätta att vara anställd, oberoende av om hon arbetar eller inte, vid början av den elfte veckan före den beräknade dagen för förlossningen.

— Hon skall i början av den elfte veckan ha varit anställd under en period som inte underskrider två år.

— Hon skall skriftligen underrätta arbetsgivaren senast tjugoen dagar innan hon avbryter arbetet

— om att hennes frånvaro beror på graviditet eller förlossning,

— om att hon har för avsikt att återvända till sin arbetsplats, och

— om den beräknade veckan för förlossningen eller, om denna redan har ägt rum, om datum för förlossningen.

— Hon skall på arbetsgivarens anmodan förete ett läkarintyg där den beräknade veckan för förlossningen anges.

Beträffande uppsägning föreskrevs i 1978 års lag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen att det skulle anses att en kvinnlig anställd hade blivit olagligt uppsagd, om den direkta eller indirekta anledningen till uppsägningen var att hon var gravid, om inte hon den dag då uppsägningen trädde i kraft på grund av graviditeten var oförmögen att utföra sitt arbete på ett tillfredsställande sätt eller om hon på grund av graviditeten inte kunde fortsätta sitt arbete efter denna dag utan att hon eller arbetsgivaren skulle överträda någon skyldighet eller begränsning som följer av en bestämmelse i en föreskrift. Den nationella domstolen har betonat att Mary Brown vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen skulle behöva ha fullgjort två års oavbruten anställning för att kunna åberopa rätten att inte bli olagligt uppsagd, vilket villkor hon inte uppfyllde.

Den ändring av bestämmelserna i denna lag om olaglig uppsägning som senare gjordes för att införliva bestämmelserna i direktiv 92/85 trädde i kraft den 10 juni 1994.

Avslutningsvis föreskrivs i 1986 års lag — till den del som är relevant för detta fall — att en kvinnlig anställd har rätt till föräldrapenning från arbetsgivaren, om hon uppfyller följande villkor:

— Hon skall utan avbrott ha varit i arbetsgivarens tjänst under minst tjugosex veckor före den fjortonde veckan före den beräknade dagen för förlossningen när hon helt eller delvis upphör med sin verksamhet på grund av graviditeten eller förlossningen.

— Hon skall ha uppburit veckolön under de åtta veckor som föregår den fjortonde veckan före den beräknade dagen för förlossningen. Denna lön skall inte vara lägre än gällande minimilön före början av denna fjortonde vecka.

— Hon skall ha uppnått början av den elfte veckan före den beräknade dagen för förlossningen eller ha fött före denna tidpunkt.

— Hon skall ha underrättat arbetsgivaren om att hon kommer att avbryta arbetet på grund av graviditeten eller förlossningen.

Föräldrapenningen kan betalas under en period av högst arton veckor, vilken vanligtvis börjar den elfte veckan före den beräknade dagen för förlossningen men senast den sjätte veckan. Två typer av bidrag föreskrivs, vilka kallas det högre bidraget och det lägre bidraget. Det högre bidraget motsvarar 90 procent av kvinnans sedvanliga veckolön under de åtta veckor som föregår den fjortonde veckan före den beräknade dagen för förlossningen. Det lägre bidraget, som utgår med fast belopp, tillämpas när dess belopp är högre än det högre bidraget. En kvinna som under två år före början av den fjortonde veckan före det beräknade datumet före förlossningen har arbetat utan avbrott för en arbetsgivare som är skyldig att betala henne bidraget skall erhålla det högre bidraget under de första veckorna och det lägre bidraget under resten av tiden. En kvinna som har ett anställningsavtal med sin arbetsgivare enligt vilket hon skall arbeta mindre än sexton timmar i veckan skall inte ha rätt till den högre föräldrapenningen. En kvinna som har rätt till föräldrapenning utan att uppfylla kraven för det högre bidraget skall erhålla det lägre bidraget.

Enligt handlingarna i målet uppgick beloppet för den lägre föräldrapenningen år 1996 till 54,55 UKL i veckan. [5]

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, artiklarna 1.2. c och 10, från och med den 7 april 1996. Det tidigare beloppet uppgick till 52,50 UKL (Social Security Benefits Up-rating Order 1995, SI 1995/559, artikel 10). Av handlingarna framgår inte vilket belopp som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen.

V — Yttrandena under förfarandet vid domstolen

13. Inom den frist som föreskrivs i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen har skriftliga yttranden inkommit från och muntliga anföranden gjorts av käranden och svaranden i målet vid den nationella domstolen, Förenade kungarikets regering och kommissionen.

14. Käranden anser med stöd av domstolens rättspraxis, som jag kommer att redogöra för nedan, att uppsägningen av en gravid kvinna till följd av arbetsoförmåga på grund av graviditet står i strid med direktiv 76/207 och utgör direkt diskriminering på grund av kön, eftersom graviditet är en omständighet som endast berör kvinnor. Käranden anser att det även står i strid med detta direktiv att säga upp en gravid arbetstagare på grund av arbetsoförmåga som beror på hennes tillstånd när hon inte kan göra bruk av sin rätt att vara frånvarande från arbetet på grund av graviditet eller förlossning under en viss tid, eftersom hon inte har arbetat tillräckligt länge, om uppsägningen sker under denna tid. Käranden har avslutningsvis hävdat att den omständigheten att uppsägningen har ägt rum med tillämpning av ett avtalsvillkor som gör det möjligt att säga upp en arbetstagare oberoende av kön när han eller hon oavbrutet har varit frånvarande ett visst antal veckor inte påverkar dessa överväganden.

15. Svaranden har förklarat att om man går tillbaka elva veckor från det beräknade datumet för Mary Browns förlossning, kommer man fram till den dag då hennes rättigheter som arbetstagare skall bedömas. Eftersom hon den 30 december 1990 inte hade arbetat vid företaget oavbrutet i två år, hade hon inte rätt att vara frånvarande från arbetet på grund av moderskap och återvända till sin arbetsplats eller att göra gällande de bestämmelser avseende olaglig uppsägning som syftar till att skydda gravida kvinnor mot uppsägning på grund av deras tillstånd. Hon hade emellertid rätt till den lägre föräldrapenningen från staten.

Svaranden har hävdat att när man beaktar den situation i vilken Mary Brown befann sig, berodde hennes uppsägning inte på att hon var gravid utan på att hennes graviditet var av ovanligt slag och hindrade henne från att arbeta mer eller mindre från och med den åttonde veckan. Hennes arbetsoförmåga pågick en längre tid än vad som kan förutses under vanliga omständigheter och inträffade helt utanför den period under vilken en kvinna har rätt att vara frånvarande från arbetet på grund av graviditet och förlossning. Anledningen till uppsägningen var att Mary Brown blev sjuk under sin graviditet och att hennes arbetsoförmåga pågick i över tjugosex veckor.

På grundval av samma rättspraxis som käranden har stött sig på för att komma fram till en motsatt slutsats har svaranden hävdat att det villkor i företagets anställningsavtal med de anställda, som gjorde det möjligt att säga upp Mary Brown då denna hade varit

sjukskriven i tjugosex veckor, inte är diskriminerande. För att visa detta har svaranden som exempel angett en arbetsgivare som anställer tre gravida kvinnor. Den första, som har god hälsa, är inte sjukskriven fram till början av den period då hon får vara frånvarande på grund av graviditet och förlossning. Den andra kvinnan måste vara sjukskriven någon tid på grund av hälsoproblem som följer av graviditeten innan hon påbörjar den tillåtna frånvaroperioden. Det tredje exemplet motsvarar Mary Browns fall, vars arbetsoförmåga har överskridit tjugosex veckor och som har blivit uppsagd på samma villkor som en manlig anställd som har varit sjukskriven under lika lång tid. Varför skall sådant handlande betecknas som diskriminering på grund av kön? Om Mary Brown däremot behandlades annorlunda än andra gravida kvinnor eller manliga anställda, skulle detta utgöra positiv diskriminering som endast skulle vara tillämplig på en viss grupp av gravida kvinnor.

Svaranden har hävdat att det skall göras en skillnad mellan en sådan sjukdom som den som Mary Brown hade, vilken helt förhindrade henne att arbeta under praktiskt taget hela graviditeten och de sjukdomar som kallas "vanliga risker vid graviditet" såsom illamående på morgonen i början av graviditeten och trötthet mot dess slut, som är problem som dessutom inte förekommer vid alla graviditeter. Svaret från House of Lords skall enligt svarandens uppfattning grundas på denna skillnad.

Vad beträffar den omständigheten att Mary Brown blev uppsagd då hon — om hon hade varit anställd tillräckligt länge — skulle ha haft rätt att vara frånvarande på grund av sitt nära förestående moderskap, anser svaranden att det i enlighet med då tillämplig gemenskapsrätt endast ankom på medlemsstaterna att fastställa de villkor som en kvinna skulle uppfylla för att få rätt till en frånvaroperiod samt dennas längd. I enlighet med denna möjlighet krävdes enligt brittisk lagstiftning en anställningstid på två år. Mary Brown blev under alla omständigheter uppsagd för att hon var sjukskriven under det antal veckor som föreskrevs i hennes anställningsavtal och inte på grund av att hon var sjukskriven under den korta period under vilken hon skulle ha kunnat vara sjukskriven, om hon hade haft rätt till det.

16. Den brittiska regeringen har påpekat att den period under vilken Mary Brown tillfälligt var arbetsoförmögen på grund av graviditet var klart längre än den tid som föreskrivs i nationell rätt under vilken en kvinna får vara frånvarande från arbetet på grund av graviditet och förlossning. Regeringen har hävdat att svaret på tolkningsfrågorna förutsätter att det görs en skillnad mellan uppsägning på grund av normala risker och sedvanliga besvär i samband med graviditet och förlossning, till exempel frånvaro för rutinmässiga läkarundersökningar, kortare frånvaro till följd av illamående på morgonen eller frånvaro före och strax efter förlossningen och uppsägning av en kvinna på grund av en sjukdom, oberoende av om denna har samband med graviditeten eller inte. I det förstnämnda fallet utgör uppsägningen direkt diskriminering på grund av kön medan det i det senare fallet rör sig om

en laglig uppsägning förutsatt att en manlig arbetstagare med lika lång arbetsoförmåga inte behandlas gynnsammare. Enligt den brittiska regeringens uppfattning ankommer det på den nationella domstolen att bedöma om den period under vilken Mary Brown var sjukskriven berättigades av en normal risk vid graviditet.

17. Kommissionen har hävdat att det inte finns någon objektiv anledning att, för att bevilja kvinnliga arbetstagare olika behandling, under graviditeten skilja mellan den period under vilken dessa får vara frånvarande från arbetet och perioden från denna tidpunkt fram till förlossningen. Det förefaller inte heller berättigat att skilja mellan en uppsägning som motiveras med graviditet och en uppsägning som motiveras med arbetsförmåga på grund av graviditet, förutsatt att uppsägningen sker medan den kvinnliga arbetstagaren fortfarande är gravid, eftersom de hälsoproblem som följer av graviditeten beror på en situation som särskilt berör kvinnor såväl innan de är frånvarande från arbetet som under frånvaroperioden. Att tillämpa den regel som tillämpas på arbetstagare i allmänhet vid sjukdom på kvinnliga arbetstagare som befinner sig i Mary Browns situation utgör diskriminering av kvinnor, eftersom det rör sig om olika situationer.

Kommissionen har dessutom anfört att denna åsikt bekräftas av artikel 10 i direktiv 92/85 som förbjuder att arbetstagare sägs upp under tiden från början av graviditeten till utgången av mammaledigheten. Trots att den frist under vilken medlemsstaterna skulle införliva direktivet med sin nationella rättsordning ännu inte hade löpt ut skall dess bestämmelser beaktas vid tolkningen av direktiv 76/207.

VI — Undersökning av tolkningsfrågorna

A — *Inledande anmärkningar*

18. Innan jag tar upp problematiken i dessa tolkningsfrågor vill jag göra några anmärkningar.

19. Den första anmärkningen rör beslutet om hänskjutande som framstår som särskilt sparsamt i detaljer om de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. Av beslutet framgår exempelvis inte hur länge Mary Brown hade varit gravid när hon blev arbetsoförmögen, inte heller vilket som var det beräknade datumet för förlossningen eller om hennes graviditet var riskfylld. Jag anser vidare att om de skäl som förefaller ha angivits i de på varandra följande läkarintygen, nämligen "graviditetssymptom", "blödningar på grund av graviditet" och "ryggsmärtor på grund av graviditet", var de enda som förekom verkar de, särskilt det första och det tredje, inte vara tillräckligt starka för att en läkare skulle ha

förlängt arbetstagarens sjukskrivningsperiod oavbrutet under tjugosex veckor. Av beslutet framgår heller inte om Mary Brown genomgick en oberoende läkarundersökning efter de tjugosex veckorna och, om hon gjorde det, vad som blev resultatet.

Jag tror att syftet med denna läkarundersökning var att företaget skulle få tillgång till en oberoende åsikt om arbetstagarens möjligheter att bli frisk igen och att kunna återuppta sitt arbete inom en mer eller mindre nära framtid, för att företaget sedan skulle kunna säga upp henne om det av resultatet av läkarundersökningen framgick att hon inte skulle kunna återuppta arbetet på kort eller medellång sikt. I annat fall framstår uppsägningen snarare som en disciplinär åtgärd på grund av en sjukdom än som en uppsägning som motiveras av att arbetsgivaren annars åläggs en alltför stor ekonomisk börda.

Om Mary Browns arbetsoförmåga faktiskt förorsakades av graviditeten, och det saknas skäl att tro att så inte var fallet, förefaller det logiskt att anta att denna arbetsoförmåga skulle komma att försvinna i och med förlossningen. Varför blev hon då uppsagd en och en halv månad före förlossningen? Var det bara därför att hon redan hade varit frånvarande i tjugosex veckor eller snarare därför att hon inte heller enligt den nationella lagstiftningen hade rätt att återuppta arbetet efter förlossningen, eftersom hon inte hade varit anställd vid företaget i två år?

Dessa är givetvis faktiska omständigheter som den nationella domstolen skall pröva mot bakgrund av EG-domstolens tolkning av gemenskapsrätten. Jag vill emellertid påpeka att det skulle ha varit ändamålsenligt att känna till dessa faktiska omständigheter.

20. Den andra anmärkningen rör behovet av att, en gång för alla, klargöra tillämpningsområdet för direktiv 76/207 respektive direktiv 92/85 mot bakgrund av innehållet i deras bestämmelser och deras syfte. [6] Svaranden i målet vid den nationella domstolen har hävdat att återverkningarna av domstolens dom i detta mål kommer att vara mycket begränsade, eftersom direktiv 92/85 ålägger medlemsstaterna att senast från och med den 19 oktober 1994 förbjuda att sådana arbetstagare som är gravida, nyligen har fått barn eller ammar sägs upp. Enligt svarandens uppfattning hade Mary Brown helt enkelt otur, eftersom direktivet inte hade införlivats när hon blev uppsagd.

Jag kan inte hålla med om denna åsikt, eftersom bestämmelserna i båda direktiven är olika och deras syften också är olika.

21. Direktiv 76/207, vars rättsliga grund återfinns i artikel 235 i EG-fördraget, utgör

6 — Detta behov framhävdes redan när direktiv 92/85 endast var ett förslag, av J. Shaw, Pregnancy discrimination in sex discrimination, *European Law Review*, 1991, s. 313—320, särskilt s. 318.

en gemenskapsåtgärd som på sin tid ansågs nödvändig för att realisera principen om lika behandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran och andra arbetsvillkor. [7] De enda tillåtna undantagen från principen om lika behandling återfinns i artikel 2.2, 2.3 och 2.4 och utgörs närmare bestämt av sådan yrkesverksamhet för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur, av bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap och av åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i direktivet. I samtliga fall rör det sig om åtgärder som på gemenskapsrättens nuvarande stadium skall regleras av medlemsstaterna.

22. Direktiv 92/85 grundas däremot på artikel 118a i fördraget, vilken ålägger rådet att genom direktiv anta minimikrav för att sträva efter att, främst i fråga om arbetsmiljön, främja förbättringar av arbetstagares hälsa och säkerhet. Detta är det tionde särdirektiv som antagits i enlighet med artikel 16.1 i direktiv 89/391/EGG [8], och dess artikel 15 föreskriver att särskilt utsatta riskgrupper skall skyddas mot de faror som speciellt berör dem.

Syftet med direktiv 92/85 är att vidta åtgärder för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa i arbetet för arbetstagare som är gravida, som nyligen har fött barn eller som ammar. Direktivet har således ett klart skyddande innehåll och föreskriver olika behandling till förmån för kvinnor som befinner sig i en av dessa situationer. Lagstiftaren har i nionde övervägandet fastställt att detta skydd inte får leda till någon ogynnsam behandling av kvinnor på arbetsmarknaden eller stå i strid med direktiven om lika behandling av kvinnor och män.

Domstolen konstaterade redan i domen i målet Webb följande. [9] Med beaktande av den risk som en eventuell uppsägning innebär för det fysiska och psykiska tillståndet hos arbetstagare som är gravida, som nyligen har fött barn eller som ammar, inbegripet den särskilt allvarliga risken att en gravid arbetstagare föranleds att frivilligt avbryta graviditeten, har gemenskapslagstiftaren i enlighet med artikel 10 i direktiv 92/85 föreskrivit ett särskilt skydd för kvinnor och

7 — Tredje övervägandet.

8 — Rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet (EGT L 183, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 146).

9 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, häfte 16), punkterna 21 och 22.

fastställt att de inte får sägas upp under tiden från början av graviditeten till utgången av mammaledigheten, utan att föreskriva något undantag från detta förbud under denna tid, förutom i undantagsfall av skäl som inte hänger samman med deras tillstånd.

23. Det är riktigt att, när det förbud mot uppsägning som fastställs i artikel 10 i direktiv 92/85 har införlivats med medlemsstaternas nationella rättsordning, det inte längre kommer att vara nödvändigt att tillämpa artikel 5 i direktiv 76/207, som fastställer principen om lika behandling av kvinnor och män i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, på de fall i vilka en kvinna har blivit uppsagd medan hon var gravid.

Det förbud mot uppsägning som återfinns i artikel 10 i direktiv 92/85 medför emellertid inte någon lösning på problemet med en kvinna som på ett normalt sätt har återvänt till arbetet efter mammaledigheten och som blir uppsagd därför att hon under det föregående året vid upprepade tillfällen har varit arbetsoförmögen under det antal veckor som fastställs i nationell rätt. Har kvinnan i en sådan situation blivit uppsagd på samma villkor som en man som varit sjuk under samma antal veckor, när den kvinnliga arbetstagaren tillräknas den period under vilken hon av läkaren förordnats att vara sängliggande, exempelvis därför att det har funnits risk för missfall?

Detta är varför artikel 5 i direktiv 76/207 och tolkningen av denna i domstolens rättspraxis är nödvändiga för att klarlägga om de perioder under vilka en gravid kvinna har varit arbetsoförmögen på grund av graviditet kan läggas till perioderna före graviditeten och efter mammaledigheten, vid beräkning av den frånvaro från arbetet som ger rätt till uppsägning.

24. Den tredje anmärkningen rör domstolens rättspraxis avseende likabehandlingsprincipen enligt direktiv 76/207 när rättigheterna för arbetstagare som är gravida eller som nyligen har fött barn berörs. Vid en första anblick kan det förefalla vara föga underligt att de fyra domar som har meddelats i denna fråga fram till den dag fristen för att inkomma med skriftliga yttranden i det föreliggande fallet löpte ut, nämligen domarna i målen Dekker, [10] Hertz, [11] Habermann-Beltermann [12] och Webb [13], gjorde det möjligt för parterna i tvisten vid den nationella domstolen, den brittiska regeringen och kommissionen att anföra så motstridiga åsikter. Det som däremot är mer överraskande, och även oroväckande, är att alla grundar sig på samma punkter för att stödja sina åsikter.

Jag anser därför att domstolen inte kan nöja sig med att besvara House of Lords frågor

10 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, häfte 10).

11 — Ovan fotnot 3.

12 — Dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657).

13 — Ovan fotnot 9.

utan skall klarlägga befintlig rättspraxis för att säkerställa rättssäkerheten. Jag kommer för min del att gå igenom dessa domar och föreslå hur de enligt min uppfattning skall tolkas.

B — *Domstolens rättspraxis avseende tillämpningen av arbetstagarnas rättigheter som regleras i direktiv 76/207 på arbetstagare som är gravida eller som nyligen har fött barn*

1) Domen i målet Dekker och i målet Hertz där domstolen ansåg att det är diskriminerande att neka en gravid kvinna anställning, men att det inte är diskriminerande att säga upp henne på grund av arbetsoförmåga som börjat efter mammaledigheten, även om sjukdomen har förorsakats av förlossningen

25. Domstolen meddelade den 8 november 1990 två domar med stora återverkningar på det område av gemenskapernas socialrätt som avser tillämpningen av principen om lika behandling av kvinnor och män i fråga om anställning. Dessa var de första domar i vilka domstolen tolkade direktiv 76/207, närmare bestämt rätten till tillgång till anställning eller rätten att behålla sin arbetsplats i förhållande till situationer som endast berör kvinnor, såsom graviditet och moderskap. Båda ger bra uttryck för Lucinda M. Finleys tes som kan sammanfattas i följande påstående: "*The fact that women bear children and men not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace.*" [14]

26. Det är fråga om domen i målet Dekker [15] och domen i målet Hertz. [16] I det första målet besvarade domstolen en fråga som Hoge Raad der Nederlanden hade ställt. Elisabeth Dekker hade sökt anställning som lärare i ett undervisningscentrum för ungdomar och meddelat den kommitté som hade till uppgift att behandla ansökningarna att hon var gravid i tredje månaden. Kommittén ansåg henne vara den lämpligaste kandidaten för arbetsuppgifterna. I sagda mål anförde Elisabeth Dekker klagomål mot arbetsgivarens beslut att neka henne anställning med motiveringen att hon redan var gravid då hon sökte anställning. Detta nekande beslut ägde rum efter det att arbetsgivaren hade fått veta att dess försäkringsgivare inte skulle ersätta företaget för den dagersättning som den skulle vara skyldig att betala till Elisabeth Dekker under hennes frånvaro på grund av graviditet och förlossning. Den tillämpliga nationella lagen gav nämligen försäkringsgivaren möjlighet att helt eller delvis vägra att ersätta arbetsgivaren för dagersättningen när den anställde blivit arbetsoförmögen inom de första sex månaderna från det att försäkringen började gälla, om det utifrån den försäkrades hälsotillstånd vid tidpunkten för försäkringens ikraftträdande fanns anledning att förutse att arbetsoförmågan skulle inträda

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

15 — Ovan fotnot 10.

16 — Ovan fotnot 3.

inom nämnda tidsperiod. Eftersom det inte föreskrevs något undantag för fall av graviditet, likställdes arbetsoförmåga på grund av moderskap med arbetsoförmåga på grund av en förutsebar sjukdom.

Den nationella domstolen ställde sig, till den del som är relevant i detta fall, frågan om det stod i strid med den likabehandlingsprincip som fastställs i direktiv 76/207 att arbetsgivaren hade nekat den kvinnliga arbetstagaren anställning under dessa omständigheter.

27. I det andra målet ställdes tolkningsfrågan av Danmarks Højesteret för att lösa den vid den domstolen anhängiga tvisten mellan Birthe Hertz och hennes tidigare arbetsgivare Aldi Marked K/S. Arbetstagaren hade anställts i juli 1982 som kassörska och försäljerska på deltid. I juni 1983 födde hon en son efter en komplicerad graviditet under vilken hon till största delen och med arbetsgivarens medgivande var sjukskriven. Efter mammaledigheten återupptog Birthe Hertz sitt arbete i slutet av år 1983 och var därefter inte sjukfrånvarande fram till juni 1984. Under det följande året var hon sjukskriven hundra arbetsdagar, varför hon blev uppsagd, varvid företaget hävdade att det var brukligt att arbetstagare som ofta var frånvarande på grund av sjukdom sades upp. Det var ostridigt mellan parterna att kärandens frånvaro mellan juni 1984 och juni 1985 var en följd av förlossningen år 1983.

Den nationella domstolen ställde sig frågan om artikel 5.1 i förening med artikel 2.1 i direktiv 76/207 omfattade uppsägning till följd av frånvaro på grund av sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning och, om svaret var jakande, om skyddet mot uppsägning på grund av sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning gällde utan begränsning i tiden.

28. Generaladvokaten Darmon, som avfattade ett gemensamt förslag i båda målen, gjorde en ovärderlig generell översikt av moderskap och den plats som det skall ges mot bakgrund av principen om lika behandling av kvinnor och män i de europeiska samhällenas ekonomiska och sociala liv, [17] vilken är lika aktuell i dag. Efter att ha ställt sig frågan om det finns en händelse som är i högre grad knuten till kvinnans särdrag och om det är möjligt att föreställa sig lika behandling av kvinnliga och manliga arbetstagare utan att ta hänsyn till moderskapet, ansåg han vad beträffar målet Dekker att vägran att anställa en kvinnlig sökande på grund av hennes nära förestående moderskap, vilket innebär att en händelse som endast kan beröra kvinnliga arbetstagare beaktas, utgör direkt diskriminering på grund av kön.

29. Generaladvokaten gjorde gällande att målet Hertz, kanske ännu mer påtagligt,

17 — Generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i målen Hertz och Dekker, se ovan fotnoterna 3 och 10, s. I-3956 och följande sidor, särskilt s. I-3960, punkt 21 och följande punkter.

avsåg den svåra sammanjämkningen mellan likabehandlingsprincipen och det ekonomiska livets krav. Han tillade: "Hur skall man se på de sjukdomsperioder som förekommer efter mammaledigheten men som direkt beror på graviditet och förlossning? Är det nödvändigt att på dessa fall tillämpa de så att säga allmänna regler som gäller för frånvaro på grund av sjukdom eller inte?" [18] Den slutsats han drog i detta fall var emellertid det motsatta den i målet Dekker, det vill säga att det inte utgjorde direkt diskriminering på grund av kön att säga upp en arbetstagare efter mammaledigheten till följd av frånvaro på grund av en sjukdom som följer av graviditet eller förlossning.

30. Jag vill emellertid betona att detta enkla framhållande är resultatet av ett resonemang som hela tiden återspeglar uppfattningen att det rör sig om den kvinnliga arbetstagarens frånvaro till följd av en sjukdom som har sitt ursprung i graviditet eller förlossning och som uppkommer *efter* mammaledigheten. Generaladvokaten framhöll nämligen följande i punkt 43: "Jag har känt mig frestad — hur skulle jag kunna förneka det — att föreslå en lösning enligt vilken sjukdomstillstånd som direkt, säkert och till övervägande del följer av graviditet eller förlossning skall ges ett slags 'immunitet' så att likabehandlingsprincipen utgör hinder för möjligheten att arbetsgivaren *under en skälig tid från och med förlossningen säger upp en kvinnlig anställd* ..." [19]

Generaladvokaten framhöll i punkt 45 att "... om *förlossningen leder till* mycket svåra *komplikationer*, kan arbetstagaren förbli arbetsoförmögen under flera år, utan att arbetsgivaren kan säga upp henne ...". I punkt 46 förklarade han att "... en lösning till skydd för några *kvinnor som har haft allvarliga problem efter förlossningen* — det vill säga en lösning som statistiskt sett är tillämplig på en lyckligtvis ytterst ringa procentuell andel av samtliga fall — kan medföra en fara för alla de kvinnor som vill få tillträde till arbetsmarknaden".

Då han i följande punkt ställde sig frågan avseende vilka kriterier som domstolen skulle kunna uppställa för att avgöra i vilka fall ett sjukdomstillstånd skall omfattas av det skydd som krävs för moderskapet samt hur länge detta skydd skall ges, var den underliggande idén även fortsättningsvis att likabehandlingsprincipen skall tillämpas, när kvinnans mammaledighet tagit slut.

I punkt 48 föreslog han som en lösning att skilja mellan vanliga risker vid graviditet och förlossning vilka han definierade som "vanliga komplikationer som hänger samman med dessa händelser och som ibland leder till att ytterligare mammaledighet beviljas", och vilka enligt hans uppfattning skall omfattas av ett gemenskapsskydd, eftersom de hör till särdragen hos moderskapet, och sjukdomstillstånd som inte utgör vanliga risker vid graviditet och som därför skall behandlas på samma sätt som "vanliga sjukdomar". Generaladvokaten tillade att "... då det inte finns några bestämmelser i den nationella rättsordningen som ger ett särskilt skydd för kvinnan skall arbetsgivaren kunna säga upp en

18 — Punkt 40.
19 — Min kursivering.

arbetstagare *efter det att hennes mammaledighet har löpt ut ... När den kvinnliga arbetstagaren har dragit fördel av samtliga lagstadgade möjligheter till mammaledighet, skall frånvaro på grund av en sjukdom, även om denna har sitt ursprung i graviditet eller förlossning, således inte kunna anses omfattas av de vanliga riskerna vid moderskap och följaktligen behandlas på samma sätt som vilken som helst annan arbetstagares frånvaro*, om inte den nationelle lagstiftaren har föreskrivit ett särskilt skydd med stöd av artikel 2.3 i direktivet".

31. Båda domarna meddelades i plenum och domstolen följde generaladvokatens förslag. Den muntliga förhandlingen hölls den 3 oktober 1989 och förslaget föredrogs den 14 november samma år. Att det tog ett år att besluta domarna utgör enligt min uppfattning ett indicium på hur svåra dessa mål, särskilt målet Hertz, var, vilket domstolen själv medgav i punkt 7 i domen. Detta kan förklara varför resonemanget i båda avgörandena var så knappt.

32. I domen i målet Dekker ansåg domstolen att det endast var kvinnor som kunde nekas anställning på grund av graviditet, varför det, om så skedde, förelåg direkt diskriminering på grund av kön. Om det förhållandet att någon nekades anställning hade sin grund i de ekonomiska konsekvenserna av en frånvaro på grund av graviditet, skulle den huvudsakliga grunden anses utgöras av graviditeten. En sådan diskriminering kunde inte anses motiverad av de ekonomiska nackdelar arbetsgivaren som anställde en gravid kvinna annars drabbades av under dennas mammaledighet. [20]

33. Resonemanget och utslaget i domen i målet Hertz förtjänar emellertid särskild uppmärksamhet. Låt mig erinra om att parternas åsikter, såsom de sammanfattades i punkterna 8 och 9, bestod i att käranden hävdade att uppsägning av en kvinna på grund av graviditet, förlossning eller upprepad frånvaro på grund av sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning stred mot likabehandlingsprincipen, oavsett när sjukdomen uppkommit, eftersom sådana besvär inte kan drabba en manlig arbetstagare, varför denne följaktligen inte kan bli uppsagd av samma skäl. Motparten gjorde gällande att en arbetsgivare inte kunde hindras att säga upp en kvinnlig arbetstagare på grund av omfattande sjukfrånvaro endast av den anledningen att sjukdomen förorsakats av graviditet eller förlossning. Ett hinder mot en sådan uppsägning, som skulle kunna hänga över arbetsgivaren i flera år efter nedkomsten, skulle inte enbart kunna medföra administrativa problem och oskäliga följder för arbetsgivarna, utan även kunna påverka sysselsättningen av kvinnor negativt.

34. Denna dom är av grundläggande betydelse då principen om lika behandling av kvinnor och män skall tillämpas för att skapa jämvikt mellan arbetslivets krav och kvinnans roll i fortplantningsprocessen. I punkt 13 fastställs nämligen att "av ... bestämmelser i direktivet framgår att uppsägning av en

20 — Ovan fotnot 10, punkt 12.

kvinnlig arbetstagare på grund av dennas graviditet utgör direkt diskriminering på grund av kön, såsom även är fallet då en gravid kvinna nekas anställning ...". Domstolen fastslog i punkt 14 att "... uppsägning av en kvinnlig arbetstagare till följd av upprepad frånvaro på grund av sjukdom som inte förorsakats av graviditet eller förlossning ... inte [utgör] direkt diskriminering på grund av kön, i den mån som en sådan sjukfrånvaro även medför uppsägning av en manlig arbetstagare under samma förhållanden" och i punkt 15 att "... direktivet [76/207] inte avser den situationen där det är fråga om sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning. Emellertid tillåter direktivet att sådana nationella bestämmelser antas som garanterar kvinnor särskilda rättigheter vid graviditet och moderskap, såsom mammaledighet. Därav följer att en kvinna under den mammaledighet som hon har rätt till enligt nationell rätt, är skyddad mot att bli uppsagd på grund av denna frånvaro. Det ankommer på varje medlemsstat att fastställa perioden för mammaledighet på så sätt att de kvinnliga arbetstagarna kan vara lediga under den period då besvär i samband med graviditet och förlossning brukar uppkomma".

35. Det är punkterna 16 och 17 som enligt min uppfattning visar hur denna dom skall tolkas. I dessa punkter fastställde domstolen ordagrant följande:

"När det gäller sjukdom som upptäcks efter mammaledighetens utgång skall ingen åtskillnad göras mellan sjukdom som förorsakats av graviditeten eller förlossningen och annan sjukdom. Ett sådant sjukdomstillstånd omfattas alltså av de allmänna reglerna om sjukfrånvaro.

Kvinnliga och manliga arbetstagare är nämligen i lika hög grad utsatta för sjukdomar. Även om vissa sjukdomar är könsbetingade, är den avgörande frågan sålunda huruvida uppsägningen av en kvinna på grund av dennas sjukfrånvaro har skett på samma villkor som dem som gäller för en man; om så är fallet föreligger ingen direkt diskriminering på grund av kön."

36. Svårigheten att tolka räckvidden av denna dom består emellertid i att domslutet inte innehåller någon precisering avseende den tidpunkt då sjukdomen upptäckts, utan endast ger svar på tolkningsfrågan såsom den hade ställts och vars ordalydelse domstolen följde ordagrant: "Om inget annat följer av sådana nationella bestämmelser som antagits genom tillämpning av artikel 2.3 i ... direktiv 76/207/EEG ... utgör artikel 5.1 i förening med artikel 2.1 i direktivet inte hinder mot uppsägning till följd av frånvaro på grund av sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning."

Denna uppenbara inkongruens, som är lätt att förklara med beaktande av att domstolen

i punkterna 16 och 17 tog hänsyn till de omständigheter under vilka den nationella tvisten hade anhängiggjorts medan den i domslutet begränsade sig till att endast besvara tolkningsfrågan såsom den hade ställts av den nationella domstolen, [21] ger upphov till de avvikande tolkningar på vilka parternas ståndpunkter baserar sig i detta mål.

37. För mig står det fullständigt klart att denna dom inte kan tolkas med utgångspunkt från endast innehållet i domslutet, och att hänsyn skall tas till att domstolen i punkt 16 i domen klart framhöll att när det gäller sjukdom som upptäcks efter mammaledighetens utgång skall ingen åtskillnad göras mellan sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning och annan sjukdom.

Detta är givetvis den tolkning som har valts i doktrinen med avseende på denna dom, eftersom alla författare som jag har läst, mer eller mindre kritiskt betonar att när domstolen fastställde att artikel 5.1 i förening med artikel 2.1 i direktiv 76/207 inte utgjorde något hinder mot uppsägning till följd av frånvaro på grund av sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning, hänvisade den till kvinnans frånvaro *efter* mammaledigheten. [22]

38. Detta är även generaladvokaten Tesauros tolkning av domen i målet Hertz i hans förslag till avgörande i målet Webb. [23] I punkt 13 andra stycket framhöll han att domstolen i nämnda dom ansåg att uppsägning av en kvinnlig arbetstagare till följd av upprepad frånvaro på grund av sjukdom inte utgjorde direkt diskriminering på grund av kön, oavsett om sjukdomen förorsakats av graviditet eller förlossning, om frånvaron ägt rum efter mammaledigheten, [24] och tillade i fotnot 12, som följer detta påpekande, att "[d]omen i

21 — Frågan lydde på följande sätt: "Omfattar bestämmelserna i artikel 5.1 i förening med artikel 2.1 i ... direktiv ... (76/207/EEG), uppsägning till följd av frånvaro på grund av sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning?"

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

23 — Förslag till avgörande i målet Webb, se ovan fotnot 9, REG 1994, s. I-3569 och följande sidor.

24 — Generaladvokaten Tesauro anslog på samma sätt i sitt förslag till avgörande i målet Habermann-Beltermann, se ovan fotnot 12, REG 1994, s. I-1659 och följande sidor.

fråga [absolut] inte kan tolkas så, att domstolen ansåg att det var lagligt (eller i alla fall berättigat) att säga upp en kvinna som hade varit frånvarande från sitt arbete på en grund (sjukdom) som hade samband med graviditeten. Vid en närmare betraktelse framgår att domstolen ansåg att den omständigheten att Birthe Hertz sjukdom började efter det att hon hade återupptagit sitt arbete efter sin mammaledighet var avgörande. ...” Generaladvokaten framhöll i punkt 14 att ”... i den utsträckning det av nämnda dom följer att uppsägning till följd av frånvaro på grund av en sjukdom, även om denna har sitt ursprung i graviditet eller förlossning, som har börjat efter mammaledigheten inte kan anses utgöra diskriminering, innebär detta a fortiori att graviditet inte kan likställas med en sjukdom ...”.

39. Motsägelsen mellan målen Dekker och Hertz, vilken understryks av en del av doktrinen, [25] består i att domstolen i den förstnämnda domen betecknade ett fall där anställning nekades på grund av graviditet som direkt diskriminering, eftersom detta endast kunde beröra kvinnor, medan domstolen i den senare domen fastställde att om sjukdomen upptäcks efter mammaledigheten finns det, vad beträffar uppsägning, inte något skäl att skilja mellan en sjukdom som har sitt ursprung i graviditet eller förlossning och andra sjukdomar, när det är uppenbart att endast kvinnor kan drabbas av en sjukdom som har sitt ursprung i graviditet eller förlossning. Enligt min uppfattning kan denna motsägelse endast avhjälpas genom att anse att skälet för denna skillnad består i att kvinnan, efter det att hon har fött barn och avslutat mammaledigheten, inte längre befinner sig i en fysiskt annorlunda situation än manliga arbetstagare och att det från och med denna tidpunkt inte längre kan göras någon skillnad beroende på sjukdomens ursprung. Det skulle givetvis innebära ett privilegium i strid med likabehandlingsprincipen om en kvinnlig arbetstagare därför att hon någon gång under sitt liv har fött barn skulle kunna göra anspråk på ett skydd mot uppsägning under resten av sitt yrkesverksamma liv i enlighet med vilket man i detta avseende inte skulle tillräkna henne perioderna av arbetsoförmåga efter mammaledigheten, om arbetsoförmågan skulle kunna ha sitt ursprung i graviditet eller förlossning.

2) Domen i målet Habermann-Beltermann där domstolen ansåg att det är diskriminerande att ett anställningsavtal förklaras vara utan verkan eller hävs till följd av ett lagstadgat förbud mot gravida kvinnors nattarbete

40. I domen av den 5 maj 1994 i målet Habermann-Beltermann [26] besvarade domstolen tolkningsfrågor från Arbeitsgericht Regensburg med avseende på ett tills vidare gällande anställningsavtal som hade ingåtts mellan en arbetsgivare och en gravid arbetstagare. Då avtalet, som avsåg nattarbete,

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

26 — Ovan fotnot 12.

undertecknades hade ingendera parten kännedom om graviditeten. Den nationella domstolen ville få klarlagt om artikel 2.1 i jämförelse med artiklarna 3.1 och 5.1 i direktiv 76/207 utgjorde hinder för dels att detta avtal förklarades vara utan verkan som en följd av det enligt den nationella lagstiftningen gällande förbudet mot nattarbete under graviditet och amning, dels att arbetsgivaren hävde avtalet på grund av en brist i den andra avtalspartens väsentliga egenskaper då avtalet ingicks.

Domstolen påpekade att eftersom det var fråga om ett tills vidare gällande anställningsavtal hade förbudet mot nattarbete verkningar endast under en begränsad period i förhållande till hela avtalets giltighetstid och slöt sig till att det under dessa omständigheter skulle stå i strid med det ändamål som eftersträvas genom artikel 2.3 i direktiv 76/207 och att det skulle frånta denna bestämmelse dess ändamålsenliga verkan, om det tilläts att ett avtal förklarades vara utan verkan eller hävdes därför att en gravid anställd tillfälligt var förhindrad att utöva det nattarbete för vilket hon hade anställts. Den nationella domstolens fråga besvarades så, att bestämmelserna i direktiv 76/207 utgör hinder för att ett tills vidare gällande anställningsavtal, rörande arbete som skall utföras nattetid och som ingåtts mellan en arbetsgivare och en gravid arbetstagare då ingendera parten var medveten om graviditeten, förklaras sakna verkan som en följd av det enligt den nationella lagstiftningen gällande förbudet mot nattarbete under graviditet och amning eller hävs av arbetsgivaren på grund av en brist i den andra avtalspartens väsentliga egenskaper då avtalet ingicks.

3) Domen i målet Webb där domstolen ansåg att situationen för en gravid kvinna som är oförmögen att sköta det uppdrag för vilket hon har blivit anställd inte kan jämföras med situationen för en man som har samma oförmåga av medicinska eller andra skäl

41. Den 14 juli 1994 meddelade domstolen dom i målet Webb [27] och besvarade en fråga som House of Lords hade ställt avseende tolkningen av direktiv 76/207 för att slita en tvist mellan en arbetsgivare och en arbetstagare som hade anställts tills vidare och blivit uppsagd då arbetsgivaren hade fått veta att hon var gravid med motiveringen att hon — ursprungligen — hade blivit anställd för att ersätta en annan arbetstagare under dennas mammaledighet. I denna dom konstaterade domstolen att det saknades anledning att undersöka om situationen för en kvinna som var oförmögen att sköta det uppdrag för vilket hon hade blivit anställd, på grund av en graviditet som hon fick kännedom om kort efter det att hon hade blivit anställd, kunde jämföras med situationen för en man som hade samma oförmåga av medicinska eller andra skäl, vilket den nationella domstolen

27 — Ovan fotnot 9.

hade begärt. Domstolen fastställde i punkt 25 att "... graviditet [definitivt inte] kan jämföras med ett sjukdomstillstånd, och än mindre med en oförmåga som inte har ett medicinskt ursprung, vilka situationer kan berättiga att en kvinna blir uppsagd, utan att det rör sig om en uppsägning som utgör diskriminering på grund av kön. Domstolen skiljde dessutom i domen i målet Hertz tydligt mellan graviditet och sjukdom, även när sjukdomen har sitt ursprung i graviditeten, *men upptäcks efter mammaledigheten*".

Domstolen drog i punkt 27 slutsatsen att det i en sådan situation som den i vilken Carole Webb befann sig inte var möjligt att motivera hävande av ett tills vidare gällande avtal på grund av arbetstagarens graviditet med att hon rent tillfälligt inte kunde utföra det arbete för vilket hon hade blivit anställd.

4) Domen i målet Larsson där domstolen förefaller ha ansett att det inte är diskriminerande att med avseende på uppsägning beakta kvinnans arbetsoförmåga som har förorsakats av graviditeten före mammaledigheten

42. Mot denna bakgrund meddelade domstolen den 29 maj 1997 [28] dom i målet Larsson. [29] Domstolen ombads åter, denna gång av Sø-og Handelsretten, att förklara hur artiklarna 5.1 och 2.1 i direktiv 76/207 skall tillämpas på en arbetstagare som blivit uppsagd efter det att hennes mammaledighet gått ut, på grund av relativt lång frånvaro beroende på hennes tillstånd, vilken till största delen hade ägt rum under graviditeten och hade styrkts med läkarintyg. Jag skall noggrant undersöka denna dom.

Elisabeth Larsson anställdes av företaget Føtex Supermarked A/S i mars 1990. I augusti följande år meddelade hon arbetsgivaren att hon var gravid. Under graviditeten var hon sjukskriven vid två tillfällen. Den första sjukfrånvaron pågick arton dagar. Den andra sjukfrånvaron berodde på bäckenbensuppluckring som följde av graviditeten och pågick ungefär fyra och en halv månad. Förlossningen ägde rum den 2 april 1992. Mammaledigheten på tjugofyra veckor löpte ut den 18 september 1992. Därefter tog hon semester till och med den 16 oktober. Under mammaledigheten och semestern vårdades Elisabeth Larsson för bäckenbensuppluckring. Hon var sjukskriven då hennes semester löpte ut och friskförklarades först den 4 januari 1993. Den 10 november 1992, det vill säga mindre än en månad efter det att semestern hade löpt ut, tillsände arbetsgivaren Elisabeth Larsson en skrivelse där hon underrättades om att hon skulle bli uppsagd från och med slutet av december 1992. Uppsäg-

28 — Vid denna tidpunkt löpte fristen ut för att inkomma med yttranden i detta mål.

29 — Dom av den 29 maj 1997 i mål C-400/95, Larsson (REG 1997, s. I-2757).

ningen motiverades ordagrant med "långa perioder av frånvaro från arbetet samt att det — av hälsoskäl — inte är sannolikt att Du i framtiden kommer att kunna sköta Ditt arbete på ett tillfredsställande sätt ...".

43. Den hänskjutande domstolen ställde sig frågan om nämnda bestämmelser i direktiv 76/207 omfattade en uppsägning på grund av frånvaro efter utgången av mammaledigheten, om frånvaron berodde på en sjukdom som hade uppkommit under graviditeten och fortsatt under och efter mammaledigheten, när denna utgjorde skälet till att uppsägningen skedde efter utgången av mammaledigheten. Det skall betonas att den nationella domstolens fråga rörde uppsägningar som grundas på frånvaro *efter mammaledigheten.*

44. I mitt förslag till avgörande i detta mål [30] ansåg jag att domstolen, med stöd av rättspraxis från målen Hertz, Webb och Habermann-Beltermann, skulle fastslå att det vid tillämpningen av den i artikel 5.1 i direktiv 76/207 fastställda principen om lika behandling av kvinnor och män i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, skall dras en gräns vid den tidpunkt då mammaledigheten löper ut. Från och med denna tidpunkt omfattas varje sjukdom som en kvinnlig arbetstagare lider av — oavsett om den har ett obstetriskt ursprung eller ej — av det allmänna system som är tillämpligt på samtliga arbetstagare. Däremot kan inte de perioder av sjukledighet som har beviljats på grund av hälsoproblem som beror på graviditet före förlossningen vid uppsägning likställas med en manlig arbetstagares sjukfrånvaro.

Mitt förslag till svar på den nationella domstolens fråga var följande: Artikel 5.1 jämförd med artikel 2.1 i direktiv 76/207 utgör inte hinder för att en kvinnlig arbetstagare blir uppsagd på grund av frånvaro under och efter mammaledigheten, under förutsättning att de perioder av sjukledighet som beviljas för hälsoproblem som framkallas av graviditeten före förlossningen inte har beaktats vid beräkning av frånvaro med avseende på uppsägning.

45. Som svar på de argument som åberopades av käranden i målet vid den nationella domstolen, vilken hävdade att det i domen i målet Hertz hade fastställts en åtskillnad beroende på den tidpunkt då sjukdomen uppkommer eller upptäcks, konstaterade domstolen i domen i målet Larsson att den vid det tillfället "... endast [ansåg] att det inom ramen för de faktiska omständigheter som den då hade att ta ställning till inte fanns anledning att mot bakgrund av den princip om likabehandling som föreskrivs i direktiv [...76/207] skilja mellan en sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning och andra sjukdomar. Denna tolkning bekräftas dessutom av att det i domslutet i målet Hertz

30 — Förslag till avgörande av den 18 februari 1997, REG 1997, s. I-2759.

saknas varje hänvisning till den tidpunkt då en sjukdom har uppkommit eller upptäckts". [31]

46. Senare i domen redogjordes för de åsikter som framförts av käranden i målet vid den nationella domstolen, den danska regeringen och av kommissionen, vilka hävdade att det skulle vara oförenligt med gemenskapsrätten att en arbetsgivare vid beräkningen av den period som på grund av nationell rätt utgör grund för uppsägningen skulle kunna beakta såväl den frånvaro som hade uppstått under tiden mellan graviditetens början och mammaledighetens början, som längden av mammaledigheten. Av handlingarna i målet vid den nationella domstolen framgick att om dessa perioder samt de fyra semesterveckorna inte beaktades, hade Elisabeth Larsson varit frånvarande på grund av sjukdom under endast fyra veckor före sin uppsägning.

47. Beträffande den mammaledighet som en kvinna har rätt till enligt nationell lagstiftning påpekade domstolen följande. En kvinna skyddas mot uppsägning på grund av sin frånvaro och att medge att frånvaro under denna period skulle kunna beaktas för att motivera en senare uppsägning skulle stå i strid med det ändamål som eftersträvas genom artikel 2.3 i direktivet som tillåter nationella bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap, och skulle frånta denna bestämmelse dess ändamålsenliga verkan. [32] Vid sidan av den mammaledighet som har fastställts av medlemsstaterna och i avsaknad av nationella eller gemenskapsrättsliga bestämmelser som säkerställer ett särskilt skydd för kvinnor, åtnjuter en kvinnlig arbetstagare enligt direktiv 76/207 däremot inte något särskilt skydd mot uppsägning på grund av frånvaro till följd av sjukdom som förorsakats av graviditet.

48. Av dessa påståenden drog domstolen slutsatsen att "... principen om likabehandling, som läggs fast i direktivet, inte utgör hinder för att en kvinnlig arbetstagares frånvaro, som pågår från början av graviditeten till början av mammaledigheten, beaktas vid beräkningen av den period som enligt nationell lagstiftning berättigar hennes uppsägning" och förklarade för den nationella domstolen att, om annat inte följer av de bestämmelser i nationell rätt som har antagits i enlighet med artikel 2.3 i direktivet, bestämmelserna i artikel 5.1 i förening med dem i artikel 2.1 inte utgör hinder för en uppsägning som följer av frånvaro på grund av en sjukdom som orsakats av graviditet eller förlossning, även om denna sjukdom har uppkommit under graviditeten och pågått under och efter mammaledigheten. [33]

49. Jag medger att jag anser det vara svårt att förena dessa påståenden med den linje som domstolen hade följt i sin rättspraxis fram till dess att den meddelade denna dom och som framgår av vad som anförts i punkterna ovan. Det förefaller inte enbart som om

31 — Ovan fotnot 29, punkt 17.

32 — Ibidem, punkt 22.

33 — Ibidem, punkterna 24 och 26.

domstolen i målet Larsson intog en annan ställning än den som framgår av dess tidigare avgöranden, utan som om domstolen direkt motsade den tolkning av dessa avgöranden som hade gjorts av såväl generaladvokaterna som de talrika författare som har kommenterat dem.

Låt mig, även här med en viss oro, påpeka att domstolen i punkt 20, där den fastslog att direktivet inte utgör hinder för uppsägning på grund av frånvaro till följd av sjukdom som orsakats av graviditet eller förlossning, även om sjukdomen har uppkommit under graviditeten och pågått under och efter mammaledigheten, inte angav vid vilken tidpunkt frånvaron hade ägt rum.

När domstolen vidare i punkt 23 konstaterade att en kvinnlig arbetstagare, i avsaknad av nationella eller gemenskapsrättsliga bestämmelser, enligt direktiv 76/207 vid sidan av mammaledigheten inte åtnjuter något särskilt skydd mot uppsägning på grund av frånvaro till följd av sjukdom som förorsakats av graviditet, förklarade den inte heller vid vilken tidpunkt frånvaron hade ägt rum.

När domstolen i punkt 24 drog slutsatsen att principen om likabehandling, som läggs fast i direktivet, inte utgör hinder för att en kvinnlig arbetstagares frånvaro, som pågår från början av graviditeten till början av mammaledigheten, beaktas vid beräkningen av den period som berättigar hennes uppsägning, angav den heller inte att frånvaron skall ha förorsakats av en sjukdom som följer av graviditet.

Avslutningsvis gav domslutet inte något fullständigt svar på den nationella domstolens fråga, eftersom denna syftade till uppsägningar som följer av *frånvaro efter mammaledigheten* när denna frånvaro beror på en sjukdom som har upptäckts under graviditeten och fortsatt under och efter mammaledigheten och när denna sjukdom är anledningen till *uppsägningen efter mammaledigheten*, medan domstolen svarade att direktivets bestämmelser inte utgör hinder för en uppsägning som följer av frånvaro på grund av en sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning, även om denna sjukdom har uppkommit under graviditeten och pågått under och efter mammaledigheten. Svaret hänvisar således varken till den tidpunkt då frånvaron ägde rum eller till uppsägningstidpunkten.

50. Med hänsyn till bristerna i domen i målet Larsson anser jag inte att denna dom ger tillräcklig anledning att hävda att domstolen har velat göra en helomvändning i sin rättspraxis. Jag anser att det med tanke på rättssäkerheten finns stort behov av att domstolen klart uttalar sig om principen om lika behandling av kvinnor och män då den tillämpas på uppsägning av kvinnliga arbetstagare under graviditet eller efter mammaledigheten när det med avseende på uppsägningen

har tagits hänsyn till perioderna av arbetsoförmåga på grund av graviditeten före mammaledighetens början. Just detta har hänt i Mary Browns fall.

51. Avslutningsvis rör det sig om en uppgift som ankommer på oss alla, nämligen att undanröja resterna av den diskriminering som kvinnan har utsatts för under århundraden, [34] och som hör till Europeiska unionens institutioners viktigaste uppgifter.

C — *Den första tolkningsfrågan från House of Lords: Uppsägning av en gravid kvinna på grund av arbetsoförmåga som följer av graviditet*

52. Den nationella domstolen vill genom denna fråga få klarhet i om det strider mot den i direktiv 76/207 fastställda likabehandlingsprincipen att säga upp en gravid arbetstagare på grund av frånvaro som beror på arbetsoförmåga som följer av graviditet och om svaret påverkas av att arbetstagaren har sagts upp i enlighet med ett avtalsvillkor som ger arbetsgivaren rätt att avskeda arbetstagare, oavsett kön, efter ett visst antal veckor av oavbruten frånvaro.

53. Det är säkert att gemenskapsrätten skulle ha utgjort hinder för Mary Browns uppsägning, om fristen för införlivande av bestämmelserna i direktiv 92/85 redan hade löpt ut när komplikationerna i samband med hennes graviditet uppkom. Direktivet hade emellertid ännu inte ens antagits. Den tillämpliga gemenskapslagstiftningen utgörs således endast av direktiv 76/207.

54. Låt mig här erinra om att artikel 5 i direktiv 76/207 föreskriver att tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.

Med utgångspunkt från grunden att jämställdhet, såsom den har definierats av en medlemsstats författningsdomstol, "... inte är någon verklighet eller något abstrakt matematiskt begrepp, utan olika behandling av olika situationer eller lika behandling av likadana eller liknande situationer" [35] och med

34 — Exempelvis talar Miguel de Cervantes Saavedra i kapitel LI i första delen av sitt verk *Don Quijote av La Mancha*, där herden berättar om Leandras öde, om "... den tanklösa och ostadiga läggning som i allmänhet brukar utmärka kvinnan". Han väljer sedan en lättare och, enligt sin uppfattning, riktigare väg och "... talar illa om kvinnornas lättsinne, deras obeständighet, dubbelhet, falska löften, brist på ordhållighet och först och främst deras ringa urskillning när det gäller att välja föremål för sina tankar och känslor". Natur och kultur, 1989, s. 403, 404, svensk text av Ingrid Bergquist efter E. Lidforss och Martín de Riquer.

35 — Dom nr 29/1987 av den 6 mars 1987, av Tribunal Constitucional español, punkt 5 b (*BOE* av den 24 mars 1987).

beaktande av EG-domstolens fasta rättspraxis enligt vilken "... en diskriminering endast kan bestå av en tillämpning av olika regler i jämförbara situationer eller av samma regel i olika situationer", [36] kommer jag i fortsättningen att undersöka om uppsägningen av en gravid kvinna på grund av den arbetsoförmåga som följer av hennes tillstånd sker på samma villkor som uppsägningen av en man på grund av arbetsoförmåga som har pågått lika länge och som följer av en sjukdom.

55. Till skillnad från vad som hände med Birthe Hertz, vars arbetsoförmåga som följde av förlossningen inträdde efter det att mammaledigheten hade tagit slut, uppkom Mary Browns komplikationer i samband med graviditeten, vilka förhindrade henne från att arbeta under en stor del av graviditeten, i ett mycket tidigt skede. Av handlingarna i målet framgår att Mary Brown var arbetsoförmögen under tjugosex veckor, vilket berättigade hennes uppsägning med tillämpning av det villkor som företaget Rentokil skrev in i anställningsavtalen, och att förlossningen skedde ytterligare sex veckor senare. Med beaktande av att en graviditet vanligtvis pågår trettioåtta veckor, har jag beräknat att Mary Brown endast kunde arbeta under de första fem eller sex veckorna.

56. Jag frågar mig om det fortfarande är nödvändigt att i detta skede upprepa något så självklart som att graviditet är en situation som endast berör kvinnor, eftersom det endast är dessa som kan befinna sig i ett sådant tillstånd. Graviditet är, förutom att den är ett biologiskt tillstånd som uteslutande är förbehållet kvinnor, något som pågår en begränsad tidsperiod under vilken det inte enbart förekommer så välkända symptom som illamående på morgonen utan även sådana komplikationer som risk för missfall eller förtida sammandragningar i samband med stress, vilka kan tvinga kvinnan att vara i fullständig vila under perioder som kan pågå från två eller tre månader ända till under hela graviditeten.

57. Domstolen fastslog med emfas i domen i målet Hertz att "... uppsägning av en kvinnlig arbetstagare till följd av upprepad frånvaro på grund av sjukdom som *inte förorsakats av graviditet eller förlossning* ... inte [utgör] direkt diskriminering på grund av kön, i den mån som en sådan sjukfrånvaro även skulle medföra uppsägning av en manlig arbetstagare under samma förhållanden". [37]

58. Är det emellertid möjligt att anse att uppsägningen av en gravid kvinna till följd av upprepad frånvaro på grund av en sjukdom som *följer av graviditeten* sker på samma villkor som uppsägningen av en man som har varit sjukskriven lika länge? Enligt min uppfattning är svaret nej.

36 — Dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 30.

37 — Se ovan fotnot 3, punkt 14.

59. Utan att vilja beröra frågor som det endast ankommer på läkarna att bedöma vill jag — såsom domstolen konstaterade i domen i målet Webb — betona att även om graviditet inte på något sätt kan jämföras med ett sjukdomstillstånd, [38] är det inte möjligt att bortse från så kallade "riskfyllda graviditeter" som förekommer — detta är bara exempel, inte en uttömmande uppräkning — när kvinnan tidigare haft för tidigt födda barn eller dödfödda barn, när moderkakan är tunnare än normalt, när kvinnan har behandlats genom provrörsbefruktning och när modern har hjärtbesvär eller diabetes. Dessa graviditeter kännetecknas inte av att de framkallar en "sjukdom" hos modern utan av att de normalt tvingar henne att stå under mycket noggrann medicinsk uppsikt och i vissa av nämnda fall vara i fullständig vila under flera månader, ibland under hela graviditeten. [39]

Jag kan inte hålla med om att det i situationer med dessa kännetecken, i vilka kvinnan inte är sjuk utan endast gravid, kan göras gällande att hon vid uppsägning på grund av upprepad frånvaro har blivit uppsagd på samma villkor som en man som har varit sjukskriven under lika lång tid. Samma resonemang kan tillämpas när arbetsoförmågan följer av att graviditeten försvårar en redan befintlig sjukdom eller ger upphov till tillstånd som kan kännetecknas som riktiga sjukdomar.

60. Även om situationen för en gravid arbetstagare vars graviditet förhindrar henne att arbeta och situationen för en sjuk manlig arbetstagare överensstämmer på så sätt att ingen av dem tillfälligt kan uppfylla sina skyldigheter i arbetet, skiljer sig situationerna åt genom viktiga olikheter: endast kvinnor kan någon gång under sitt yrkesverksamma liv befinna sig i en situation där de förhindras att arbeta på grund av en arbetsoförmåga som förorsakats av graviditet och i de flesta fall kommer en sådan arbetsoförmåga att upphöra en mer eller mindre exakt förutbestämd dag, då de föder barn.

61. Dessa faktorer förefaller att ha beaktats inom den inhemska rättsordningen i de flesta medlemsstater vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen. Dessa rättsordningar liknade varandra i hög grad — endast lagstiftningen i Förenade kungariket och Irland var radikalt annorlunda.

I Tyskland gavs kvinnor särskilt skydd från graviditetens början till förlossningen bestående i att uppsägning under denna period förutsatte myndighetstillstånd. I Danmark ansåg arbetsministeriet att det var diskriminerande att för uppsägning beakta frånvaroperioder före förlossningen orsakade av arbetsoförmåga till följd av graviditet. I Frankrike kunde arbetsgivaren inte säga upp en gravid kvinna under hennes mammaledighet eller under de därpå följande fyra veckorna. I Grekland var det förbjudet att säga upp en gravid arbetstagare och att säga upp henne under ett år efter förlossningen samt

38 — Se ovan fotnot 9, punkt 25.

39 — Det finns lyckligtvis inte många kvinnor som är arbetsoförmögna under en så lång tid. Det har beräknats att de utgör mellan 10 och 15 procent av alla fall.

att säga upp henne på grund av frånvaro till följd av arbetsoförmåga som berodde på graviditet eller förlossning. I Italien gällde uppsägningsförbudet från graviditetens början till slutet av barnets första levnadsår, vilket tolkades i rättspraxis så, att kvinnan inte heller kunde sägas upp för att ha överskridit det största antalet sjukdagar. I Nederländerna var det förbjudet att säga upp en kvinna under graviditeten, mammaledigheten och de därpå följande sex veckorna. I Portugal var det endast möjligt att säga upp en arbetstagare på grund av arbetsoförmåga, om denna var total och definitiv, och det var, vad gäller reglerna för gravida kvinnor, förbjudet att säga upp dem när arbetsoförmågan förorsakats av graviditet eller en sjukdom med anknytning till graviditeten. Slutligen, även om det i Spanien inte fanns någon särskild lagstiftning mot uppsägning som skydd för gravida kvinnor, var det enligt rättspraxis förbjudet att säga upp en kvinna på grund av frånvaro till följd av arbetsoförmåga som förorsakats av riskfyllda graviditeter eller sjukdomar med anknytning till graviditeten.

Vad gäller de tre nya medlemsstaterna gavs det i Österrike särskilt skydd för kvinnor från graviditetens början till förlossningen, vilket bestod i att uppsägning under denna period förutsatte domstolstillstånd. I Finland förutsatte uppsägningen av en arbetstagare på grund av arbetsoförmåga att denna medförde väsentlig och bestående minskning av arbetsförmågan. Avslutningsvis var det i Sverige inte berättigat att säga upp en arbetstagare om det var sannolikt att han eller hon skulle bli frisk igen, och en kvinna kunde inte bli uppsagd på grund av arbetsoförmåga som förorsakats av graviditet.

62. Svaranden i tvisten vid den nationella domstolen har hävdat att Mary Browns uppsägning berodde på att hennes graviditet var "onormal". Svaranden har hävdat att om hon på grund av ursprunget till sin arbetsoförmåga särbehandlades i förhållande till de gravida arbetstagare vilkas graviditet inte förhindrar dem att arbeta eller i förhållande till sjuka anställda, skulle detta utgöra positiv diskriminering som endast skulle vara tillämplig på en viss grupp kvinnor.

Jag kan inte hålla med om denna uppfattning av två skäl. För det första därför att man skall hålla i minnet att direktiv 76/207 fastställer principen om lika behandling av kvinnor och män i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, och att det, när det gäller att hitta en grund för jämförelse, inte är lämpligt att slå fast några paralleller eller olikheter mellan kvinnor vilkas graviditeter är mer eller mindre lätta eller problematiska; den manlige arbetstagaren skall fortfarande utgöra referenspunkten. För det andra, vilket jag nyss påpekat, därför att situationen för en gravid kvinna som på grund av graviditeten är förhindrad att arbeta och situationen för en sjuk man inte är jämförbara, vad uppsägningen beträffar, mot bakgrund av den i direktivet fastslagna likabehandlingsprincipen, vilket jag redan påpekade i föregående stycke.

63. Jag kan inte heller hålla med om Förenade kungarikets ståndpunkt enligt vilken det skall skiljas mellan uppsägning till följd av de normala risker och sedvanliga besvär som hänger samman med graviditet och förlossning, såsom frånvaro från arbetet för rutinmässiga läkarundersökningar och kortare frånvaro på grund av illamående på morgonen, och uppsägning av en kvinna på grund av en sjukdom, oberoende av om den har samband med graviditet eller inte. Jag tror att upphovet till detta försök att åstadkomma en skillnad ligger i punkterna 47 och 48 i generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i målen Dekker och Hertz då han inom ramen för målet Hertz resonerade över möjligheten att slå fast hur länge skydd på grund av moderskap skall ges. [40]

64. Bortsett från att det förefaller tvivelaktigt att en kvinna skulle bli uppsagd till följd av frånvaro från arbetet på grund av rutinmässiga läkarundersökningar eller kortare frånvaro som beror på illamående på morgonen, [41] anser jag att Förenade kungarikets ståndpunkt grundas på en tolkning av nämnda text utanför dess sammanhang. Såsom jag redan framhöll i punkt 30, föreslog generaladvokaten Darmon faktiskt att det skulle göras en skillnad mellan, å ena sidan, vanliga risker vid graviditet och förlossning, det vill säga vanliga komplikationer som hänger samman med dessa händelser och som ibland leder till att ytterligare mammaledighet beviljas, och som skall åtnjuta gemenskapsskydd, eftersom de hör till särdragen hos moderskapet, och, å andra sidan, sjukdomstillstånd som inte utgör vanliga risker vid graviditet och som därför skall behandlas på samma sätt som en allmän sjukdom.

Vi skall inte glömma att Birthe Hertz blev uppsagd på grund av arbetsoförmåga som — trots att den förorsakades av förlossningen — inte hindrade henne från att arbeta före det att ett år hade gått sedan hennes mammaledighet tagit slut. Enligt min uppfattning utgör detta skälet till att generaladvokaten senare tillade, att när arbetstagaren har utnyttjat samtliga lagstadgade möjligheter till mammaledighet kan frånvaro på grund av sjukdom inte anses omfattas av de vanliga riskerna vid moderskap, även om sjukdomen har sitt ursprung i graviditet eller förlossning.

65. Jag anser således att om man vill skilja mellan vanliga risker vid graviditet och förlossning och sjukdomstillstånd som inte utgör vanliga risker vid graviditet, skall man gå till väga i kronologisk ordning: de förstnämnda riskerna uppkommer nödvändigtvis när kvinnan befinner sig i en av dessa situationer, det vill säga medan hon är gravid och under mammaledigheten, medan de senare riskerna förekommer efter mammaledigheten, även om orsaken till dem kan följa av graviditeten eller förlossningen.

40 — Ovan fotnot 17.

41 — Illamående på morgonen kan vara våldsamt och fortsätta efter de första tre månaderna. I vissa fall kräver det sjukhusvård.

66. Av dessa skäl anser jag att uppsägningen av en kvinna under graviditeten på grund av arbetsoförmåga som har förorsakats av densamma utgör direkt diskriminering som står i strid med artikel 5.1 i direktiv 76/207, eftersom hänsyn tas till en situation i vilken endast kvinnor kan befinna sig.

67. Jag vill betona att den tolkning jag föreslår enligt min uppfattning är den enda möjliga tolkningen av artikel 5.1 jämförd med artikel 2.1 i direktiv 76/207 och av domstolens rättspraxis fram till domen i målet Larsson. Om så inte vore fallet och en förvärvsarbetande, gravid kvinnas framtid vore beroende av att graviditeten inte medförde alltför stora komplikationer, skulle jag — genom att parafrasera Papiniano — känna mig tvungen att hävda att det, trots seklens förlopp, "i vår [gemenskaps]rätt finns många punkter på vilka kvinnans ställning är sämre än mannens". [42]

68. Den nationella domstolen har även ställt sig frågan om svaret på något sätt påverkas av att uppsägningen sker med stöd av ett avtalsvillkor som gör det möjligt för arbetsgivaren att säga upp en anställd, oberoende av kön, efter ett visst antal veckor av oavbruten frånvaro.

69. Jag tror att det av resonemanget ovan redan framgår att den omständigheten att uppsägningen sker med stöd av ett avtalsvillkor som gör det möjligt för arbetsgivaren att säga upp en anställd, oberoende av kön, efter en viss period av sjukfrånvaro inte påverkar svaret ovan.

Genom att helt enkelt likställa arbetsoförmåga som förorsakats av graviditet med arbetsoförmåga som följer av en sjukdom, utgör nämligen detta avtalsvillkor, som tillämpas på kvinnor och män på samma sätt, direkt diskriminering på grund av kön, genom att samma regel tillämpas på olika situationer när det vid beräkning av arbetsoförmåga som berättigar till uppsägning tas hänsyn till ett förhinder att arbeta som endast kan drabba kvinnor.

70. Att regeln utgör ett villkor i anställningsavtalet saknar relevans i detta avseende. För det första ålägger bestämmelsen i artikel 5.2 b i direktiv 76/207 medlemsstaterna att säkerställa att alla bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i bland annat individuella anställningsavtal skall eller får förklaras ogiltiga eller att de får ändras. För det andra har domstolen redan fastslagit att "... när nationell rätt tolkas och tillämpas, skall de nationella domstolarna utgå från att staten har haft för avsikt att fullt uppfylla skyldigheterna enligt direktivet i fråga". [43] Den skyldighet för medlemsstaterna som följer av ett direktiv att uppnå det

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, Vol I, Book One (Human Status), s. 16. "*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*"

43 — Dom av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret (REG 1993, s. I-6911; svensk specialutgåva, häfte 14), punkt 20.

resultat som föreskrivs i direktivet och deras förpliktelse enligt artikel 5 i fördraget att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att denna skyldighet fullgörs åligger avslutningsvis alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Härav följer att den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter direktivet, är skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med artikel 189 tredje stycket i fördraget. [44]

71. Jag anser att det mot bakgrund av mitt föreslagna svar på den nationella domstolens första fråga inte finns anledning att besvara den andra frågan. Jag skall dock undersöka den för det fall att domstolen är av annan åsikt än jag.

D — *Den andra tolkningsfrågan från House of Lords: Uppsägning av en gravid kvinna under den period under vilken hon skulle ha fått vara frånvarande från arbetet på grund av graviditet och förlossning, eftersom hon uppfyllde villkoren enligt den nationella lagstiftningen*

72. Den nationella domstolen vill genom sin andra fråga få klarhet i om det strider mot den i direktiv 76/207 fastställda likabehandlingsprincipen att en kvinnlig arbetstagare, som inte uppfyller villkoren enligt den nationella lagstiftningen rörande anställningstid för att ha rätt att vara frånvarande på grund av graviditet eller förlossning, blir uppsagd för frånvaro som beror på en sjukdom som har förorsakats av graviditeten under den period under vilken hon — om hon hade haft denna rätt — skulle ha kunnat utöva den och om svaret på denna fråga påverkas av att arbetstagarens uppsägning grundas på ett avtalsvillkor som gör det möjligt för arbetsgivaren att säga upp varje arbetstagare, oberoende av kön, efter ett visst antal veckor av oavbruten frånvaro.

73. Av uppgifterna i beslutet om hänskjutande sluter jag mig till att den nationella domstolen genom denna fråga vill få klarlagt om det skall anses att direktiv 76/207 har ålagt medlemsstaterna en skyldighet att i nationell rätt föreskriva att kvinnliga arbetstagare har rätt till en period av frånvaro från arbetet endast därför att de har fött barn utan att andra villkor kan uppställas för dem.

74. Syftet med direktiv 76/207 är att principen om lika behandling av kvinnor och män skall tillämpas i medlemsstaterna i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Enligt artikel 2.3 skall direktivet emellertid inte påverka

44 — Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, häfte 10), punkt 8.

bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap. Enligt direktivet utgör de åtgärder som vidtas för att skydda kvinnan i dessa situationer således endast ett undantag från denna princip. Medlemsstaterna är inte skyldiga att lagstifta om detta och direktivet anger inte heller vilka dessa rättigheter är eller vilka villkor som kan åläggas medlemsstaterna.

75. Domstolen har ansett att artikel 2.3 i direktiv 76/207 — genom att ge medlemsstaterna rätt att upprätthålla eller anta bestämmelser avsedda att skydda kvinnan under vad som kallas "graviditet och moderskap" — erkänner att det med avseende på likabehandlingsprincipen är lagligt att under den period som följer graviditet och förlossning skydda dels kvinnans biologiska tillstånd under graviditet och därefter, dels det särskilda förhållandet mellan kvinnan och hennes barn. [45]

76. Det är också viktigt att erinra om att domstolen i domen i målet Hertz fastslog att "... direktivet [76/207] inte avser den situationen där det är fråga om sjukdom som förorsakats av graviditet eller förlossning. Emellertid medger direktivet förekomsten av sådana nationella bestämmelser som garanterar kvinnor särskilda rättigheter vid graviditet och moderskap, såsom mammaledighet. Därav följer att en kvinna under den mammaledighet som hon har rätt till enligt nationell rätt, är skyddad mot att bli uppsagd på grund av denna frånvaro. Det ankommer på varje medlemsstat att fastställa perioden för mammaledighet på så sätt att de kvinnliga arbetstagarna kan vara lediga under den period då sjukdomsbesvären i samband med graviditet och förlossning brukar uppkomma". [46]

77. Den brittiska lagstiftning som var tillämplig vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen medgav att en arbetstagare hade rätt att vara frånvarande från arbetet från och med början av den elfte veckan före den beräknade dagen för förlossningen och att återuppta arbetet inom de tjugonio veckorna efter förlossningen, om hon uppfyllde vissa villkor, nämligen att hon hade varit anställd vid samma företag fram till början av den elfte veckan, att hon vid denna tidpunkt hade varit anställd i åtminstone två år utan avbrott, att hon hade följt det fastslagna anmälningsförfarandet gentemot arbetsgivaren och att hon på arbetsgivarens anmodan hade företett ett läkarintyg där den beräknade veckan för förlossningen angavs. [47]

45 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkt 25, domen i målet Habermann-Beltermann, se ovan fotnot 12, punkt 21, och domen i målet Wenn, se ovan fotnot 9, punkt 20.

46 — Se ovan fotnot 3, punkt 15.

47 — Det rör sig om en utomordentligt invecklad lagstiftning, som fick Employment Appeal Tribunal att utropa följande i målet Lavery mot 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."*

Om Mary Brown hade arbetat för Rentokil i två år i början av den elfte veckan före det beräknade datumet för förlossningen, skulle hon enligt handlingarna i målet ha fått vara frånvarande från arbetet på grund av sitt nära förestående moderskap utan att uppfylla de tjugosex veckor av sjukfrånvaro som i hennes fall gav upphov till uppsägningen. Det bör således antas att om hennes rätt till frånvaro inte hade varit villkorad av att de ovannämnda förutsättningarna förelåg, skulle hon ha fött barn och inom de tjugonio veckorna efter förlossningen ha kunnat återuppta arbetet.

Dessutom har det under förfarandet framgått att Mary Brown hade rätt till den lägre föräldrapenningen från staten.

78. Jag frågar mig om det skall anses att en kvinna som snart skall föda barn skyddas mot uppsägning som berättigas av hennes frånvaro genom att tillämpningen av hennes avtal enligt den nationella lagstiftningen avbryts för en viss tid, vilket nödvändigtvis innebär att hon har rätt att återvända till sitt tidigare arbete eller om det är tillräckligt att hon kan sluta arbeta med rätt till en statlig förmån utan rätt att återvända till sitt arbete.

79. Enligt min uppfattning är den enda period som kan betraktas som "mammaledighet" i den mening som avses i domstolens rättspraxis — det vill säga den period under vilken kvinnor befinner sig i en särskild situation som förutsätter att de ges ett särskilt skydd, men som inte kan likställas med vare sig den situation som en man eller kvinna som faktiskt utför sitt arbete befinner sig i, [48] och under vilken de skyddas mot uppsägning på grund av frånvaro — den period som den nationella lagstiftningen föreskriver som en särskild rättighet för anställda, vilken gör det möjligt för kvinnor att under en viss period avstå från att arbeta med rätt till hela lönen eller en del av den eller med rätt till en viss inkomst i form av en social trygghetsförmån, utan att detta leder till att de förlorar arbetsplatsen.

80. Att Mary Brown eller någon annan kvinnlig anställd som i likhet med henne inte uppfyller de nödvändiga villkoren för att kunna avbryta tillämpningen av anställningsavtalet endast har rätt att under högst arton veckor erhålla föräldrapenning från staten, om hon avbryter arbetet för att föda barn utan möjlighet att återvända till arbetet, utgör i förhållande till likabehandlingsprincipen inte någon särskild rättighet för anställda avsedd att skydda kvinnans biologiska tillstånd eller förhållandet mellan kvinnan och hennes barn under perioden efter förlossningen.

48 — Dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m. fl. (REG 1996, s. I-475), punkt 17.

Rätten att tills vidare sluta arbeta mot att under en viss period erhålla en ekonomisk förmån från staten är nämligen inte förbehållen kvinnor; det är inte heller nödvändigt att vara gravid eller ha fött barn för att kunna utöva denna rättighet.

81. Den period på elva veckor som föregick den beräknade dagen för förlossningen under vilken Mary Brown skulle ha kunnat vara frånvarande från arbetet, om hon hade uppfyllt de nödvändiga villkoren, kan därför enligt min åsikt inte betraktas som en period under vilken hon skyddades mot uppsägning på grund av sin frånvaro.

82. Vidare hade direktiv 92/85, som fastställer konkreta åtgärder inom gemenskapen för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen har fött barn eller ammar och som ålägger medlemsstaterna att i sin lagstiftning föreskriva en mammaledighet på minst fjorton veckor utan avbrott, av vilka två är obligatoriska, som skall fördelas mellan tiden före eller efter förlossningen, inte antagits vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen.

83. För det fall att domstolen anser att det inte är diskriminerande att säga upp en gravid kvinna på grund av frånvaro som beror på en sjukdom som har förorsakats av graviditet, skall det därför anses att bestämmelserna i direktiv 76/207 inte utgör hinder för att en gravid kvinna, som inte uppfyller de krav på anställningtidens längd som i nationell lagstiftning ställs för att hon skall få vara frånvarande på grund av graviditet eller förlossning, blir uppsagd under den period då hon hade kunnat utnyttja denna rätt om hon kunnat göra anspråk på den.

84. Jag vill avslutningsvis påpeka att den omständigheten att en kvinnlig arbetstagare blir uppsagd med stöd av ett avtalsvillkor som ger arbetsgivaren rätt att säga upp en anställd, oberoende av kön, efter ett visst antal veckors oavbruten frånvaro inte påverkar det svar som jag föreslår skall ges på denna fråga.

VII — Förslag till avgörande

Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara den första frågan från House of Lords på följande sätt:

1) a) Att säga upp en gravid kvinna på grund av att hon är arbetsoförmögen på grund av graviditet strider mot bestämmelserna i artikel 5.1 i jämförelse

med bestämmelserna i artikel 2.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

b) Det förhållandet att uppsägningen har gjorts med stöd av ett avtalsvillkor som ger arbetsgivaren rätt att säga upp en arbetstagare, oberoende av kön, efter en viss period av frånvaro på grund av sjukdom, påverkar inte det föregående svaret.

För det fall att domstolen tvärtom skulle anse att det inte är diskriminerande att säga upp en gravid kvinna därför att hon är arbetsoförmögen på grund av graviditeten, föreslår jag att den skall besvara den andra frågan enligt följande:

2) a) Bestämmelserna i artikel 5.1 i jämförelse med bestämmelserna i artikel 2.1 i rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör inte ett hinder för att en gravid kvinna, som inte uppfyller de krav på anställningtidens längd som i nationell lagstiftning ställs för att hon skall få vara frånvarande på grund av graviditet eller förlossning, blir uppsagd under den period då hon hade kunnat utnyttja denna rätt om hon kunnat göra anspråk på den.

b) Omständigheten att den kvinnliga arbetstagaren har sagts upp med stöd av ett avtalsvillkor som ger arbetsgivaren rätt att säga upp en anställd, oberoende av kön, efter ett visst antal veckors oavbruten frånvaro, påverkar inte det föregående svaret.