

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 10 maj 2001¹

1. Højesteret (Högsta domstolen i Danmark) har i enlighet med artikel 234 EG ställt två frågor till domstolen om tolkningen av artikel 5.1 i direktiv 76/207/EEG² och artikel 10 i direktiv 92/85/EEG.³

I — Bakgrund

2. Klaganden i målet vid den nationella domstolen är Tele Danmark A/S, ett telefoniföretag, som anställde Marianne Brandt-Nielsen för kundservice genom ett avtal som löpte från den 1 juli till den 31 december 1995. Vid anställningsintervjun upplystes hon om att de två första månaderna skulle ägnas åt ett utbildningsprogram i vilket ingick fjorton dagars egentlig undervisning.

Højesteret önskar i huvudsak få klarhet i om dessa bestämmelser utgör hinder för uppsägning av en gravid arbetstagare på grund av graviditeten om det beaktas att hon hade anställts för en period av sex månader, att hon visste att hon var gravid men inte underrättade arbetsgivaren om graviditeten när hon anställdes och att hon på grund av mammaledigheten inte skulle kunna arbeta under en del av anställningstiden.

3. Den anställda, som är motpart, började arbeta den bestämda dagen. I augusti meddelade hon att hon var gravid och att förlossningen var beräknad till den 6 november 1995. I enlighet med tillämpligt kollektivavtal hade hon rätt till åtta veckors betald ledighet före förlossningen. Denna period började den 11 september, ett fåtal dagar efter det att hon enligt planeringen skulle ha avslutat utbildningen som i själva verket hade försenats eftersom Marianne Brandt-Nielsen gifte sig den 12 augusti och hade fått en kort ledighet.

4. Den 23 augusti sades hon upp till den sista september då hon blev tvungen att

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomföranden 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).

3 — 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).

sluta arbeta. Som skäl anfördes att hon hade brutit mot anställningsvillkoren genom att inte vid anställningsintervjun upplysa om att hon var gravid och att förlossningen beräknades äga rum i november.

skadestånd eftersom den ansåg det bevisat att graviditeten var anledningen till uppsägningen. Den beaktade att det varken i förarbetena till likabehandlingslagen eller i EG-domstolens rättspraxis fanns stöd för ståndpunkten att tillfälligt anställda inte omfattas av skydd och ansåg att det saknade betydelse att arbetstagaren visste att hon var gravid och att hon inte helt kunde uppfylla sin arbetsskyldighet.

5. I mars 1996 väckte Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (fackförbund för handels- och kontorsanställda), som företrädare för arbetstagaren, talan mot företaget vid Retten i Århus och yrkade skadestånd under åberopande av att uppsägningen på grund av graviditeten stred mot artikel 9 i lagen om likabehandling av män och kvinnor i fråga om anställning och mammaledighet⁴ (nedan kallad likabehandlingslagen).

II — Tolkningsfrågorna

7. I september 1998 överklagade företaget denna dom till Højesteret som före prövningen av överklagandet ställde följande tolkningsfrågor till domstolen:

Företaget yrkade att domstolen skulle ogilla talan på den grunden att Marianne Brandt-Nielsen, som anställdes för en period av sex månader, inte hade informerat vare sig om att hon var gravid eller om att förlossningen beräknades äga rum i november. Retten i Århus ogillade också talan i dom av den 14 november 1997.

- 1) Utgör artikel 5.1 i ... direktiv ... 76/207/... och/eller artikel 10 i direktiv 92/85 eller andra bestämmelser i dessa direktiv eller i gemenskapsrätten i övrigt hinder för att en arbetstagare sägs upp på grund av graviditet när

6. Sedan domen överklagats tillerkände Vestre Landsrett Marianne Brandt-Nielsen

⁴ — Lag nr 161 av den 12 april 1978 (lov om ligestilling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v.).

- i) ... hon anställdes som vikarie för en begränsad tid,

- ii) ... hon visste att hon var gravid men inte underrättade arbetsgivaren om graviditeten, och

skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.”

- iii) graviditeten innebär att arbetstagar inte kan arbeta under en väsentlig del av anställningsperioden?

9. Direktiv 89/391/EEG,⁵ vars syfte är att arbetstagarnas säkerhet och hälsa skall förbättras, är ett ramdirektiv som har legat till grund för särdirektiv som omfattar risker på arbetsplatsen. I artikel 15 fastställs att särskilt utsatta riskgrupper skall skyddas mot de faror som speciellt berör dem.

- 2) Har det för svaret på fråga 1 någon betydelse om anställningen sker i ett mycket stort företag och om detta i stor utsträckning använder sig av vikariatsanställningar?

10. Rådet ansåg att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar måste utgöra en särskilt utsatt riskgrupp och att åtgärder måste vidtas till skydd för deras säkerhet och hälsa. Rådet antog därför direktiv 92/85 vars syfte är att arbetstagare skall skyddas när de befinner sig i en sådan situation.

III — Gemenskapsrättsliga bestämmelser

8. Direktiv 76/207 ingår i gemenskapens arbete för att genomföra principen om lika behandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, utbildning och befordran och arbetsvillkor. I artikel 5.1 föreskrivs följande:

Med hänsyn till risken för att dessa arbetstagare kan sägas upp av skäl som sammanhänger med deras tillstånd, vilket kan ha skadliga effekter på deras fysiska och psy-

”Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män

⁵ — 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, omräde 5, volym 4, s. 146).

kiska hälsa, fastslås följande förbud i artikel 10.1: 13. I 16 § i denna lag föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra att ... arbetstagare ... sägs upp under tiden från början av graviditeten och till utgången av ... barnledigheten..., 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.”

”1. Om en arbetstagare sägs upp i strid med 9 § skall uppsägningen förklaras ogiltig, om detta yrkas, om det inte i undantagsfall efter en avvägning mellan parternas intressen bedöms vara uppenbart orimligt att kräva att anställningsförhållandet skall bestå eller förnyas.

2. Om en arbetstagare sägs upp i strid med 9 §, utan att uppsägningen förklaras ogiltig, skall arbetsgivaren betala skadestånd.

...

IV — Dansk lagstiftning

11. Genom likabehandlingslagen anpassas nationell rätt till direktiv 76/207, och genom lag nr 412 av den 1 juni 1994 anpassas nationell rätt till direktiv 92/85.

4. För det fall uppsägning sker vid graviditet, nedkomst eller adoption, åligger det arbetsgivaren att visa att uppsägningen inte beror på dessa förhållanden”.

12. Enligt 9 § i likabehandlingslagen får en arbetsgivare inte säga upp en arbetstagare för att denne har framställt krav på att få utnyttja sin rätt till ledighet eller i övrigt på grund av graviditet, nedkomst eller adoption.

V — Förfarandet vid domstolen

14. Klaganden och motparten i målet vid den nationella domstolen, Europeiska fri-

handelssammanslutningens (Efta) övervakningsmyndighet⁶ och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden i detta förfarande inom den i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen föreskrivna tiden.

Vid förhandlingen den 29 mars 2001 inställde sig ombud för klaganden, motparten, Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen för att muntligen lägga fram sina argument.

gällde för Marianne Brandt-Nielsen och att endast när en anställning gäller tills vidare kan en vägran att anställa en gravid kvinna eller en uppsägning av en gravid kvinna innebära att gemenskapsrätten åsidosätts. Enligt Tele Danmarks mening kan inte likabehandlingsprincipen göras så vid att den omfattar ett tidsbegränsat anställningsförhållande vid vilket en arbetstagares frånvaro på grund av mammaledighet har en avgörande betydelse eftersom den försvårar uppfyllandet av skyldigheterna enligt anställningsavtalet. Vidare har den omständigheten att arbetstagaren döljer sin graviditet när hon anställs en grundläggande betydelse vid tidsbegränsade anställningar.

VI — Behandling av tolkningsfrågorna

A — Den första frågan

15. Frågan rör grunden för uppsägningen av Marianne Brandt-Nielsen och en möjlig motivering till denna.

16. Klagandeföretaget i målet vid den nationella domstolen har hävdatt att direktiven i fråga inte avser uppsägning på grund av graviditet vid de omständigheter som

Företaget har hävdatt att omständigheterna kring uppsägningen av Marianne Brandt-Nielsen faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 92/85, vilken författning inte i något fall kan berättiga att skyldigheter ensidigt åläggs en arbetsgivare.

⁶ — I enlighet med artikel 20 tredje stycket i stadgan, i dess lydelse enligt förklaring av Europeiska gemenskapen om Efta-staternas rättigheter vid Europeiska gemenskapernas domstol, bilagd slutakten om antagande av överenskommenheten om det europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 323 och följande, särskilt s. 367).

17. Marianne Brandt-Nielsen har anföratt att uppsägningen av henne hade sin grund i graviditeten och hon anser att uppsägningen utgör en direkt diskriminering på grund av kön. De olägenheter som mammaledigheten innebär för arbetsgivaren är inte mer betungande vid en tidsbegränsad anställning än vid en tillsvidareanställning och de kan inte motivera diskrimineringen. Inte i något av de två direktiv som skall tolkas görs åtskillnad på grund av anställningens varaktighet, och det skydd som föreskrivs i direktiven är inte heller begrän-

sat med hänsyn till om arbetstagarna har arbetat en viss minsta tid.

Enligt Marianne Brandt-Nielsens mening skall arbetsgivaren stå för den kostnad som är förenad med mammaledigheten. I detta fall skulle arbetsgivaren ha fått tåla en mindre frånvaro än om anställningen hade gällt tills vidare. Hon har hävdad att hon hade för avsikt att fortsätta sitt arbete fram till förlossningen och eftersom denna inföll den 13 november 1995 skulle hon ha kunnat arbeta fyra av de sex månaderna om hon inte hade blivit uppsagd. Hon anser att den omständigheten att hon visste att hon var gravid när hon anställdes saknar betydelse, eftersom den ömsesidiga skyldigheten för parterna att agera ärligt inte innebar en skyldighet för henne att underätta arbetsgivaren om graviditeten när hon anställdes.

myndighet anser att lagstiftaren önskade ge ett stärkt skydd åt gravida arbetstagare och att det inte finns något, varken i redogörelsen för motiven eller i bestämmelserna, som talar för att inte alla arbetstagare, oberoende av den tid som de är anställda för, inte skall åtnjuta samma skydd.

Eftas övervakningsmyndighet har i andra hand behandlat omständigheterna mot bakgrund av direktiv 76/207 med den utgångspunkten att graviditeten var anledningen till uppsägningen. Arbetstagaren utsattes därför för direkt diskriminering på grund av kön som inte kan motiveras av vare sig den kostnad som mammaledigheten kan innebära för arbetsgivaren eller den omständigheten att arbetstagaren inte upplyste om graviditeten när hon anställdes.

18. Eftas övervakningsmyndighet anser att direktiv 92/85, som uteslutande rör skydd för gravida arbetstagare, innehåller mer konkreta bestämmelser än direktiv 76/207 när det gäller skydd mot uppsägning och garantier avseende arbetstagarnas rättigheter. Det är också mer precist, mer detaljerat och av senare datum. Övervakningsmyndigheten anser därför att de ställda frågorna bör behandlas mot bakgrund av direktiv 92/85. I artikel 10 i detta direktiv föreskrivs ett flertal villkor för uppsägning, vilka är kumulativa och svåra att uppfylla. Dessa var inte heller uppfyllda vid uppsägningen av Marianne Brandt-Nielsen. Denna

19. Kommissionen har hävdad att såväl direktiv 76/207 som direktiv 92/85 är tillämpliga i detta mål eftersom det i dessa inte görs åtskillnad mellan tillsvidareanställningar och tidsbegränsade anställningar. Kommissionen har efter att ha gjort en kombinerad tolkning av båda direktiven anförts att en uppsägning som den av Marianne Brandt-Nielsen utgör direkt diskriminering i strid med artikel 2.1 i direktiv 76/207 och enligt artikel 10 i direktiv 92/85 inte får ske under den tid då hon åtnjuter skydd på grund av sin graviditet.

Inga av de omständigheter som förelåg vid uppsägningen enligt den nationella domstolens redogörelse är relevanta vid denna bedömning.

20. Domstolen skall ännu en gång behandla tolkningsfrågor från Danmark i vilka villkoren på arbetsmarknaden för gravida arbetstagare i denna stat berörs. Jag kan nämna följande exempel: Birthe Vibeke Hertz, som sades upp ett år efter sin mammaledighet till följd av frånvaro på grund av sjukdom som hade förorsakats av förlossningen,⁷ Helle Elisabeth Larsson, som sades upp omedelbart efter sin mammaledighet eftersom hon var fortsatt arbetsoförmögen på grund av en sjukdom som orsakats av graviditeten som också hade gjort det omöjligt för henne att arbeta under mer än fyra månader före förlossningen,⁸ Berit Høj Pedersen, Bettina Andresen och Pia Sørensen som, när de blev arbetsoförmögna på grund av sjukdom orsakad av graviditet, inte längre fick full lön medan arbetstagare som var sjuka av andra anledningar hade rätt till sådan. Tina Pedersen, som var anställd hos en tandläkare som avstängde henne från hennes anställning utan lön när han fick reda på att förlossningsläkaren endast tillät att hon arbetade deltid på grund av komplikationer orsakade av graviditeten.⁹ Marianne Brandt-Nielsen förefaller fortsätta följtongen.

7 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-179/88, Handels- og Kontorsfunktionærernes Forbund, "Hertz", (EGT 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, volym 10, s. 567).

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

9 — Dessa omständigheter förelåg i mål C-66/96 som avgjordes i dom av den 19 november 1998, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327).

21. I Højesterets fråga hänvisas till direktiv 76/207 och direktiv 92/85. Jag anser att i detta mål skulle en tillämpning av endera direktivet, på olika vägar, leda till samma resultat.

22. Domstolen har ofta fått tolka direktiv 76/207 mot bakgrund av faktiska omständigheter där tillgången till anställning för kvinnor försvårades eller hindrades¹⁰ eller där de anställningsvillkor som erbjöds dem var diskriminerande.¹¹ På detta område skall särskilt nämnas den särbehandling som en gravid arbetstagare utsätts för i fråga om tillgång till anställning samt arbetsvillkor. Som jag kommer att visa under min redogörelse är Danmark inte den enda stat i vilken kvinnor diskrimineras i arbetslivet.

23. Enligt domstolens fasta rättspraxis framgår det av bestämmelserna i direktiv 76/207 att uppsägning av en kvinnlig arbetstagare på grund av graviditet utgör direkt diskriminering på grund av kön.¹² Den nationella domstolen som har ställt tolkningsfrågorna är bekant med

10 — Exempelvis i dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 57), och i mål 79/83, Hartz (REG 1984, s. 1921), och av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil (REG 2000, s. I-69).

11 — Jag kan som exempel ge dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl. (REG 1990, s. I-3313; svensk specialutgåva, volym 10, s. 479), av den 25 juli 1991 i mål C-345/89, Stoeckel (REG 1991, s. I-4047; svensk specialutgåva, volym 11, s. 345), av den 2 augusti 1993 i mål C-158/91, Levy (REG 1993, s. I-4287; svensk specialutgåva, volym 14, s. 295), och av den 3 februari 1994 i mål C-13/93, Alinne (REG 1994, s. I-371).

12 — Detta uttalande förekom första gången i domen i målet Hertz (ovan fotnot 7), punkt 13.

denna tolkning, men frågar om de omständigheter som förelåg när Marianne Brandt-Nielsen anställdes motiverar att man kommer fram till en annan lösning. Jag skall behandla dessa omständigheter en och en.

pade 8 § första stycket i lagen om skydd vid moderskap enligt vilken gravida arbetstagare inte fick nattarbete och underrättade henne om att denne ansåg att avtalet var ogiltigt.

a) Det tidsbegränsade anställningsavtalet

24. Domstolen har hittills behandlat två mål i vilka den direkta orsaken till en uppsägning av en arbetstagare var graviditet. I båda gällde anställningsavtalen tills vidare, och domstolen betonade detta i sitt resonemang.¹³

Domstolen upprepade att ett brytande av ett anställningsavtal på grund av en arbetstagares graviditet, oberoende av om det sker genom ogiltigförklaring eller hävning, endast berör kvinnor och följaktligen utgör direkt diskriminering på grund av kön.¹⁴ Sedan domstolen konstaterat att särbehandlingen inte hade sin grund i arbetstagarens graviditet utan i det lagförbud mot nattarbete som gravida kvinnor omfattades av, betonade den att tolkningsfrågorna avsåg en tillsvidareanställning och att förbudet mot nattarbete för gravida kvinnor följaktligen hade verkningar endast under en begränsad tid i förhållande till anställningens fulla längd.

25. I det första fallet ingick Gabriele Habermann-Beltermann, vårdbiträde med examen i geriatrik, ett avtal enligt vilket hon var skyldig att nattarbete som vårdbiträde på ett ålderdomshem. Några dagar efter det att hon hade börjat sitt arbete var hon sjukskriven under mer än en månad och hennes läkare intygade att hon hade varit gravid i fjorton dagar när hon ingick anställningsavtalet. Arbetsgivaren åbero-

26. I det andra fallet hade Carole Louise Webb provanställts för en tid om tre månader. Vid anställningsintervjun upplystes hon om att platsen var ledig eftersom Valerie Stewart, en annan anställd på samma avdelning, var gravid. Denna arbetstagare hade för avsikt att fortsätta

13 — Jacmain, J., "Pregnancy as Grounds for Dismissal", *Industrial Law Journal*, 1994, s. 355—359, särskilt s. 356: "However, both the *Habermann* and the *Webb* judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the duration of the contract of employment."

14 — Dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657), punkt 15.

att arbeta till årsslutet och återvända till sin tjänst efter mammaledigheten utan att detta skulle innebära att anställningen skulle upphöra för Carole Louise Webb, som för att ersätta Valerie Stewart behövde utbildning under sex månader. Två veckor efter det att hon hade börjat arbeta blev Carole Louise Webb medveten om att även hon var gravid, vilket fick arbetsgivaren att säga upp henne genom en skrivelse i vilken anfördes att eftersom hon först då hade upplyst om att hon var gravid såg arbetsgivaren ingen annan möjlighet än att säga upp hennes anställningsavtal.

I domen upprepade domstolen att, i ett sådant fall som beträffande Carole Louise Webb, ett avtal om tillsvidareanställning inte kan sägas upp på grund av arbetstagarens graviditet med motiveringen att arbetstagaren helt tillfälligt är förhindrad att utföra det arbete för vilket hon anställts.¹⁵

27. Företaget Tele Danmark har åberopat denna rättspraxis till stöd för att domstolen har velat markera en klar skillnad mellan tillsvidareanställningar och tidsbegränsade anställningar vid tillämpningen av princi-

pen om likabehandling av manliga och kvinnliga arbetstagare.¹⁶

Enligt min mening är det fråga om en felaktig tolkning av rättspraxis som är alltför trogen domarnas exakta ordalydelse.¹⁷ Det är som jag precis har påpekat riktigt att domstolen har gjort dessa uttalanden tidigare. När den gjorde dessa uttalanden begränsade den sig emellertid till att beakta de faktiska omständigheterna i de enskilda målen utan att i förväg fastslå att det skulle bli en annan lösning när

16 — Detta företag är naturligtvis inte ensamt om att tänka så. I en stor del av doktrinen avseende denna fråga förutsätts att denna tolkning skulle göras av dessa domar. Se exempelvis: McGlynn, C.M.S., "Webb v EMO: A Hope for the Future?", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, s. 50—62, särskilt s. 59: "Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term", Szyszczak, E., "The Status to be accorded to Motherhood: Case C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd", *The Modern Law Review*, 1995, s. 860—866, särskilt s. 861, Napier, B., "Webb in Europe", *New Law Journal*, 1994, volym 144, s. 1020: "What if there had been a fixed-term contract?", och *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, s. 413, "On notera que seule l'embauche sous contrat à durée indéterminée est visée par cette solution ... Il est permis de penser que la solution aurait été différente s'il s'était agi d'un contrat à durée déterminée".

17 — Sådan blev emellertid innebörden av House of Lords dom med tillämpning av domstolens dom, vilken återfinns i domstolens databas "Nationella avgöranden", referens QP/02459-P1. Busby, N., "The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd (N° 2)", *The Juridical Review*, 1996, s. 156—159, särskilt s. 156: "In a strict and narrow application of the preliminary ruling of the European Court of Justice [...] the House of Lords has distinguished the rights of pregnant women engaged on fixed-term contracts from those of women engaged on indefinite or open-ended contracts." The scenario was distinguished "in order to avoid a situation likely to be perceived as unfair to employers and as tending to bring the law on sex discrimination into disrepute".

15 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16, s. 35), punkt 27.

anställningsavtalet gällde för en viss tid i stället för begränsad tid.¹⁸

28. Det finns flera skäl för denna ståndpunkt. För det första fastställs i direktiv 76/207 principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utan att det görs åtskillnad mellan anställningsavtal som gäller tills vidare och för begränsad tid.

För det andra är, när domstolen väl har fastställt att uppsägning av en arbetstagare på grund av graviditet utgör en direkt diskriminering på grund av kön, en uppsägning lika diskriminerande när anställningsförhållandet gäller tills vidare som när det är tidsbegränsat.

18 — Lousada Arochena, J.F., "La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse", *Revista del Poder Judicial*, 1999, n° 54, s. 563—586, särskilt s. 570: "Tanto el caso Habermann-Beltermann, como el caso Webb, han levantado, con razón, algunas susceptibilidades, al hacer hincapié en el hecho de ser los contratos de carácter indefinido: ¿acaso sería diferente el fallo si fuesen temporales?. Esperemos que el Tribunal, si llegase el momento, no incidiese en una circunstancia que, en buena dogmática, resulta intrascendente", och Boch, Ch.: *Common Market Law Review*, 1996, s. 547—567, särskilt s. 560, "This distinction — fixed term/indefinite term — is at odds with the reasoning of the Court elsewhere in the judgment".

För det tredje skulle, om tidsbegränsat arbete uteslöts från tillämpningsområdet för direktiv 76/207, en betydande andel av anställningsförhållandena falla utanför principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning samt arbetsvillkor. Detta skulle vidare medföra att direktivet berövades en stor del av sin ändamålsenliga verkan, och dessutom skulle tidsbegränsad anställning uppmuntras eftersom skyddsnivån för kvinnliga arbetstagare skulle kunna bli lägre.

Slutligen fastslås i klausul 4.1 i ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av Europeiska fackliga samorganisationen, den europeiska industri- och arbetsgivarorganisationen och Europeiska centrumet för offentliga företag,¹⁹ vilken klausul avser icke-diskrimineringsprincipen, att när det gäller anställningsvillkor skall visstidsanställda inte behandlas mindre fördelaktigt än jämförbara tillsvidareanställda enbart på grund av att de har en visstidsanställning, om detta inte motiveras på objektiva grunder.²⁰ Det råder ingen tvekan om att omständigheterna för uppsägningen utgör arbetsvillkor och inte heller om att graviditet inte är ett objektiva skäl som kan

19 — Detta ramavtal ingicks den 18 mars 1999 mellan de allmänna branschövergripande organisationerna. Dess tillämpning genomfördes genom rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999, EGT L 175, s. 43.

20 — Fristen för medlemsstaterna för att anpassa sin nationella rätt till bestämmelserna i direktiv 1999/70 löper ut den 10 juli 2001.

motivera olika behandling av fast och tillfälligt anställda.

b) Arbetstagaren vet att hon är gravid när hon anställs och underrättar inte arbetsgivaren om detta

29. Direktiv 76/207 innehåller inte någon bestämmelse i detta avseende, medan en gravid arbetstagare i direktiv 92/85, i dess artikel 2 a, definieras som en gravid arbetstagare som underrättar arbetsgivaren om sitt tillstånd enligt nationell lagstiftning eller praxis.²¹

Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande upplyst om att enligt artikel 7 i lagen om rättsförhållandet mellan arbetsgivare och tjänstemän (funktionærloven) skall en gravid arbetstagare för att underlätta arbetsgivarens planering av arbetet underrätta denne om den dag då hon avser börja sin mammaledighet minst tre månader före beräknad dag för förlossning.

30. I Højesterets redogörelse för de faktiska omständigheterna anges inte att

arbetstagaren fullgjorde denna skyldighet att underrätta arbetsgivaren om sin graviditet i enlighet med den nationella lagen. Jag drar således slutsatsen att företagets klagomål över att det inte fick information när anställningsavtalet ingicks innebär att om det hade känt till att sökanden var gravid skulle hon inte ha erbjudits arbete.

31. Enligt artikel 3.1 i direktiv 76/207 innebär tillämpningen av likabehandlingsprincipen att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön i villkoren för tillgång till alla befattningar.

32. Domstolen konstaterade i domen i målet Dekker att det endast är kvinnor som kan nekas anställning på grund av graviditet, varför det om så sker föreligger direkt diskriminering på grund av kön.²²

33. I domen i målet Mahlburg²³ betonade domstolen att tillämpningen av bestämmelser om skydd för gravida kvinnor inte får leda till ofördelaktig behandling av gravida kvinnor i fråga om tillgång till anställning och att en arbetsgivare inte får neka en sökande anställning med anledning av att ett arbetsförbud som motiveras av gravidi-

21 — När det gäller denna formalitet frågar sig Jacqumain, J., *a.a.*, s. 358, följande: "Is it possible that a visibly pregnant woman who does nothing to inform her employer of her pregnancy is not protected?"

22 — Dom av den 8 november 1990 i mål 177/88 (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10, s. 535), punkt 12.

23 — Dom av den 3 februari 2000 i mål C-207/98 (REG 2000, s. I-549), punkt 27.

teten förhindrar denne från att från anställningens början och så länge hon är gravid låta den berörda arbeta på den tjänst som tillsvidareanställningen avser och som skall tillämnas.

34. Om i enlighet med direktiv 76/207 graviditet inte är en faktor som kan beaktas när en kvinna anställs och en vägran att anställa henne på grund av hennes graviditet utgör direkt diskriminering på grund av kön, anser jag att arbetsgivaren inte har rätt att fråga arbetstagaren om hon är gravid. Det motsatta förhållandet skulle, utöver att det utgör ett intrång i arbetstagarens rätt till privatliv, vara att likställa med att den gravida kvinnans tillgång till arbetsmarknaden allvarligt hindras.

Arbetsgivaren kan följaktligen inte göra gällande denna underlåtenhet att lämna information för att motivera en senare uppsägning av arbetstagaren.

c) Omöjligheten att arbeta under en betydande del av anställningstiden

35. I domen i målet Dekker behandlades de ekonomiska nackdelar som mammaledighet kan medföra för ett företag. I tvisten i det målet vid den nationella domstolen nekade arbetsgivaren en gravid kvinna

anställning och anförde därvid att denne vid tillämpning av den nederländska lagstiftningen inte kunde få ersättning från sin försäkringsgivare för arbetstagarens dagsättning under mammaledigheten och att denne vid anställning av en vikarie skulle bli tvungen att betala henne med egna medel. Jag anser att de ekonomiska följderna som den nederländske arbetsgivarens skulle ha drabbats av genom att behöva betala lön till två personer under denna tid var mer omfattande än de nackdelar som Tele Danmark skulle ha åsamkats.

I domen gjordes emellertid inte endast den bedömningen att det när kvinnor nekas anställning på grund av graviditet föreligger direkt diskriminering på grund av kön, utan även att, om det förhållandet att någon nekas anställning har sin grund i de ekonomiska konsekvenserna av mammaledigheten, den huvudsakliga grunden skall anses utgöras av graviditeten som sådan. En sådan diskriminering kan inte anses motiverad av de ekonomiska nackdelar som arbetsgivaren som anställer en gravid kvinna annars drabbas av under dennas mammaledighet.²⁴ I domen i målet Mahlburg tillade domstolen att samma slutsats måste dras i fråga om den ekonomiska nackdel som orsakas av att den anställda kvinnan inte kan inneha den berörda tjänsten under graviditeten.²⁵

36. I domen i målet Webb behandlade domstolen också som skäl för uppsägning

²⁴ — Se ovan fotnot 22, punkt 12.

²⁵ — Se ovan fotnot 23, punkt 29.

att kvinnan inte uppfyllde ett av de väsentliga villkoren i anställningsavtalet. Domstolen uttalade i detta avseende att det förhållandet att arbetstagaren står till förfogande för arbetsgivaren med nödvändighet utgör ett väsentligt villkor för ett effektivt genomförande av anställningsavtalet, men att det skydd som gemenskapsrätten garanterar en kvinna under graviditeten och efter nedkomsten inte kan anses vara beroende av om den berördas närvaro under den period som motsvarar mammaledigheten är oundgänglig för driften av det företag vid vilket hon är anställd. En motsatt tolkning skulle beröva bestämmelserna i direktiv 76/207 deras ändamålsenliga verkan.²⁶

37. Jag instämmer i denna domstols tolkning. En motsatt tolkning av direktivet skulle ha fått till följd att graviditet, som vanligtvis åtföljs av en mer eller mindre lång frånvaro för arbetstagaren, skulle kunna motivera att en kvinna nekas anställning eller att hon senare sägs upp.

38. Arbetsgivaren förefaller utgå från att de två första månaderna, under vilka den anställda skulle genomgå ett utbildningsprogram, inte utgör en del av hennes arbete. Det var emellertid arbetsgivaren själv som bestämde att av anställningens sex månader skulle två ägnas åt utbildning. Arbetsgivaren kan således inte med framgång hävda att Marianne Brandt-Nielsen endast arbetade ett fåtal dagar när hon i själva verket var på företaget till slutet av

september och lämnade detta eftersom hon blev uppsagd.

När det gäller den tidpunkt då Marianne Brandt-Nielsen skulle börja sin mammaledighet har hon förklarat att hon var beredd att arbeta fram till en dag mycket nära förlossningen som skedde i mitten av november. Jag vet inte om det var möjligt för henne att göra detta, eftersom jag saknar kunskap om såväl den danska lagstiftningen på området som det kollektivavtal som gällde för företaget. Direktiv 92/85 skulle emellertid inte ha utgjort hinder för det, eftersom det i artikel 8 föreskrivs att av en mammaledighet om minst 14 sammanhängande veckor skall minst två veckor vara obligatoriska under tiden före eller efter förlossningen.

Med hänsyn till att uppsägningen inträffade ganska lång tid före förlossningen är det omöjligt att veta när Marianne Brandt-Nielsen skulle ha börjat sin mammaledighet, vilket datum skulle vara viktigt för bedömningen av om hon faktiskt inte arbetade under en betydande del av anställningen.

39. Precis som kommissionen har betonat behöver dessutom mammaledighetens inverkan inte vara större vid en tidsbegränsad anställning än vid en tillsvidareanställning. Det är allmänt bekant att under de senaste årtiondena har företagen allt oftare använt sig av tidsbegränsade anställningar, att sådana anställningar tenderar att förlängas

26 — Se ovan förnot 15, punkt 26.

och att dessa har förlorat en stor del av det intryck av osäker anställning som inledningsvis kännetecknade dem.²⁷

De omständigheter under vilka Marianne Brandt-Nielsen anställdes, nämligen en anställning för en period av sex månader av vilka två skulle ägnas åt utbildning, får mig att anse att det fanns möjlighet att anställningen skulle förlängas en eller flera gånger eftersom två månaders utbildning för en arbetstagare är en betydande investering för ett företag. Jag kan således inte se någon anledning till att Marianne Brandt-Nielsen, som redan hade fått utbildning, inte skulle ha kunnat fortsätta att vara anställd i företaget genom en ny tidsbegränsad anställning när hon väl hade slutat mammaledigheten om inte den plötsliga uppsägningen hade kommit emellan.

40. Jag anser således att artikel 2.1 i direktiv 76/207 jämförd med artikel 5.1

utgör hinder för att en gravid arbetstagare, som anställdes för en begränsad tid och som inte när hon anställdes underrättade företaget om att hon var gravid trots att hon visste det, sägs upp på grund av att graviditeten hindrar henne att fullt ut fullgöra sin arbetsskyldighet.

41. Det återstår för mig att behandla de beskrivna omständigheterna mot bakgrund av artikel 10.1 i direktiv 92/85, enligt vilken medlemsstaterna skall förhindra att arbetstagare sägs upp under tiden från början av graviditeten till utgången av barnledigheten, om detta inte sker i undantagsfall av skäl som inte sammanhänger med deras tillstånd och som enligt nationell lagstiftning och praxis utgör tillräcklig grund för uppsägning, samt om den behöriga myndigheten har lämnat sitt medgivande.

27 — Moore, S., "Sex, Pregnancy and Dismissal", *European Law Review*, 1994, s. 633—660, särskilt s. 659: "Nevertheless, in the light of the unequivocal ruling of the Court of Justice that detrimental action taken against a woman on the grounds of her pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, it now seems difficult to distinguish in law between women employed pursuant to indeterminate contracts, such as Ms. Webb, and women employed pursuant to determinate contracts [...] In each case, the woman's inability to perform her contract of employment is essentially due to her pregnancy, however fundamental that inability may be in relation to the terms of the contract."

42. Domstolen uttalade i domen i målet Webb att det är med beaktande av de risker som en eventuell uppsägning medför för det fysiska och psykiska tillståndet hos arbetstagare som är gravida, inklusive den allvarliga risken för att en gravid arbetstagare påverkas att frivilligt avbryta graviditeten, som gemenskapslagstiftaren har infört ett

särskilt skydd för kvinnor²⁸ genom att utfärda ett förbud mot uppsägning av en kvinna under en tidsperiod som sträcker sig från graviditetens början och fram till mammaledighetens slut.²⁹

43. Jag vill för det första framhålla att det i bestämmelserna i detta direktiv inte görs någon åtskillnad mellan tillsvidareanställningar och tidsbegränsade anställningar. Det är inte så att lagstiftaren inte har beaktat de särskilda kännetecknen för tidsbegränsat arbete i en gemenskap i vilken, som Eftas övervakningsmyndighet har påpekat, man ständigt överväger vilka som är de lämpligaste medlen för att göra arbetsmarknaden flexibel.

Den enda bestämmelse i vilken föreskrivs en annorlunda behandling, men för vilken den nationella domstolen inte har intresserat sig, är artikel 11.4, enligt vilken medlemsstaterna som villkor för kvinnors rätt att uppbära lön eller ersättning får föreskriva att arbetstagaren skall ha varit anställd en viss tid som inte får överstiga tolv månader före förlossningen.

44. Varken Højesteret eller de som har inkommit med yttranden i detta förfarande har upplyst domstolen om vilka undantagsfall som inte har samband med arbetstagarens graviditet, i vilka det enligt den danska lagstiftningen är möjligt att säga upp en arbetstagare trots att hon är gravid.³⁰ Jag anser att exempelvis en uppsägning orsakad av force majeure som för all framtid skulle omöjliggöra arbetet eller en kollektiv uppsägning på grund av ekonomiska, tekniska, organisatoriska eller produktionsrelaterade skäl skulle uppfylla detta villkor.³¹

Vad som framgår klart är att dessa förutsättningar inte får höra samman med arbetstagarens graviditet. Uppsägningen av Marianne Brandt-Nielsen berodde emellertid just på hennes graviditet.

45. Det skall följaktligen fastställas att även artikel 10 i direktiv 92/85 utgör hinder för en uppsägning under sådana förhållanden som beskrivits ovan.

28 — Skydd för personer som väl behövt detta, att döma av en notis i dagstidningen *El País* den 19 mars 2001. En professionell basketspelerska fick sitt kontrakt uppsagt när hennes klubb fick reda på att hon var gravid. Det framstår som om hennes kontrakt innehöll en klausul i vilken angavs att graviditet utgjorde skäl för uppsägning. Den 23 mars samma år fanns i samma tidning nyheten att basketspelerskan hade drabbats av missfall, möjligtvis till följd av att hon hade deltagit i en tävlingsmatch när hon var gravid i andra månaden.

29 — Se ovan fotnot 15, punkt 21.

30 — Vid förhandlingen var Tele Danmarks och Marianne Brandt-Nielsens ombud på fråga från mig överens om att det i den danska lagstiftningen inte anges under vilka omständigheter som det kan vara tillåtet att säga upp en gravid arbetstagare och att domstolen avgör sådana frågor på grundval av omständigheterna i varje enskilt fall.

31 — Gorelli Hernández, J., "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, n° 97, s. 729—768, särskilt s. 764, anser att artikel 10 i direktiv 92/85 inte skulle utgöra hinder för att en gravid arbetstagare som allvarligt och av oaktsamhet har åsidosatt sina skyldigheter sägs upp av disciplinära skäl under förutsättning att åsidosättandet inte är motiverat av graviditeten.

B — *Den andra frågan*

46. Højesteret önskar vidare få klarhet i om den omständigheten att Marianne Brandt-Nielsen anställdes av ett stort företag som ofta anställer arbetstagare för begränsad tid har någon betydelse för svaret på den första frågan.

47. De som har inkommit med yttranden i detta förfarande är överens om att denna fråga skall få ett nekande svar.

Klaganden anser att det skulle vara oacceptabelt att den rättsliga ordningen skulle variera på grundval av ett företags storlek, till vilket skall tilläggas den svårighet som det skulle innebära att avgränsa storleken och de frågor som skulle uppkomma om arbetstagare i samma situation skulle kunna åtnjuta olika grad av skydd på grund av storleken av det företag där de är anställda. Motparten och kommissionen instämmer i att denna omständighet skall beaktas endast när det mål som eftersträvas med tidsbegränsad anställning är att kringgå bestämmelser om rättigheter för arbetstagare. I annat fall skall det anses att det saknar betydelse för det svar som de anser att den första frågan skall få.

48. Jag instämmer i dessa åsikter. För det första föreskrivs det varken i direktiv 76/207 om principen om likabehandling eller i direktiv 92/85 om förbättringar av säkerhet och hälsa för arbetstagare i deras egenskap av mamma någon åtskillnad i deras tillämpningsområden på grundval av arbetsgivarföretagets storlek. Som Eftas övervakningsmyndighet mycket riktigt har påpekat hänvisas endast i tredje övervägandet i direktiv 92/85 till genomförandet av artikel 118a i fördraget,³² enligt vilken sådana administrativa, finansiella och rättsliga ålägganden som motverkar tillkomsten och utvecklingen av små och medelstora företag skall undvikas i direktiv. Med hänsyn till att Tele Danmark är ett stort företag kan denna begränsning inte tillämpas på detta.³³

49. Detsamma skall sägas i fråga om det förhållandet att det företag som har sagt upp en gravid arbetstagare med vilken det har ingått ett tidsbegränsat anställningsavtal ofta använder sig av denna sorts avtal. Som jag påpekade ovan när jag behandlade

32 — Till följd av ändringarna genom Amsterdamfördraget återfinns denna bestämmelse numera i artikel 137.2 EG.

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

den betydelse som tidsbegränsning av anställningen kunde ha vid tillämpningen av de båda direktiven föreskrivs det inte någon åtskillnad av denna anledning.

eftersträvar när det företrädesvis använder sig av tidsbegränsade anställningar är att kringgå vissa bestämmelser om rättigheter för arbetstagare.

Det framgår inte heller av handlingarna i målet att det syfte som Tele Danmark

50. Denna fråga skall följaktligen enligt min mening besvaras nekande.

VII — Förslag till avgörande

51. I enlighet med övervägandena ovan föreslår jag att domstolen skall lämna följande svar på frågan från Højesteret i Danmark:

- 1) 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 jämförd med artikel 5.1 och artikel 10 i 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) utgör hinder för att en gravid arbetstagare, som anställts för begränsad tid och som inte underrättade företaget om sin graviditet när detta anställde henne trots att hon visste att hon var gravid, sägs upp på grund av att graviditeten kommer att hindra henne från att fullt ut fullgöra sin arbetsskyldighet.

- 2) Den omständigheten att arbetstagaren anställdes av ett stort företag som ofta anställer arbetstagare för begränsad tid saknar betydelse för svaret på den första frågan.