

princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, såfremt han nægter at indgå en ansættelseskontrakt med en kvindelig ansøger, som han har fundet egnet til at udføre det pågældende arbejde, når grunden til ikke at ansætte hende er de skadelige følger, som ansættelse af en gravid kvinde eventuelt kan have for arbejdsgiveren, og som beror på de af det offentlige fastsatte bestemmelser om uarbejdsdygtighed, hvorefter uarbejdsdygtighed som følge af graviditet og fødsel sidestilles med uarbejdsdygtighed på grund af sygdom. Det er herved uden

betydning, at der ikke er mandlige ansøgere til den stilling, der skal besættes.

2. Selv om direktiv 76/207 med hensyn til sanktionerne for tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling overlader medlemsstaterne at vælge mellem de forskellige løsninger, der er egnede til at nå direktivets formål, indebærer direktivet dog, at når den af en medlemsstat valgte sanktion henhører under en ordning med civilretligt ansvar, er enhver tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling i sig selv ansvarspådragende, uden at der kan tages hensyn til ansvarsfrihedsgrunde efter national lovgivning.

RETSMØDERAPPORT

i sag C-177/88 *

I — Retlig baggrund

Direktivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

A — Direktiv 76/207/EØF

Med Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 (EFT L 39, s. 40) tilsigtes i henhold til dets artikel 1, stk. 1, gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, forfremmelse, erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår.

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

I samme artikels stk. 3 hedder det imidlertid, at direktivet »ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvin-

* Processprog: nederlandsk.

der, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab». B — *National ret*

I artikel 3, stk. 1, præciseres det, at det således definerede princip om ligebehandling omfatter adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren. I henhold til samme artikels stk. 2 skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger til:

- »a) at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves
- b) at de bestemmelser i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter, i virksomheders interne regler, i virksomheders vedtægter for selvstændige erhverv, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres
- c) ...«.

Endelig bestemmes det i artikel 9, stk. 1, første afsnit, at med hensyn til ovennævnte bestemmelser skal medlemsstaterne iværksætte de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er nødvendige for at efterkomme direktivet, inden 30 måneder efter dets meddelelse, dvs. senest den 12. august 1978.

Med »Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen« (den nederlandske lov om ligebehandling af mænd og kvinder, lov af 1. marts 1980, Staatblad 1980, s. 86) søgtes nederlandsk ret bragt i overensstemmelse med direktiv 76/207. I henhold til lovens artikel 1 indsattes der en ny artikel 1637*ij* i »Burgerlijke Wetboek« (den nederlandske civillovbog). Nævnte artikel bestemmer:

»Ved indgåelse af arbejdskontrakter, som led i faglig uddannelse, med hensyn til arbejdsvilkår ... kan en arbejdsgiver hverken direkte eller indirekte forskelsbehandle mænd og kvinder under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

Bestemmelsen i første punktum af nærværende artikels stk. 1 finder ikke anvendelse på bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

Bestemmelsen i første punktum i nærværende artikels stk. 1 finder ikke anvendelse på bestemmelser, der har til formål at sikre arbejdstagere af et bestemt køn en fortrinsstilling med henblik på at ophæve faktiske forskelle.

...«

Lovens artikel 3, stk. 1, bestemmer:

»I annoncer om ledige stillinger eller ved behandlingen af ansøgninger til en ledig stilling kan der hverken direkte eller indirekte ske forskelsbehandling af mænd og kvinder under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling. Forbuddet i nærværende artikel finder ikke anvendelse, såfremt det er afgørende, at stillingen beklædes af personer af et bestemt køn.«

Artikel B2 i »Algemene Burgerlijke Pensioenwet« [den nederlandske lov om alderspension til offentligt ansatte (herefter benævnt »ABP«), lov af 6. januar 1966, Stbl. 6] bestemmer, at ansatte inden for særuntervisningen er tjenestemænd i den i nævnte lov forudsatte betydning (selv om de i øvrigt har status som arbejdstagere i privatretlig forstand).

Kongelig anordning af 19. december 1967 (Stbl. 683), som er udstedt i henhold til artikel B13 i ABP, indeholder nærmere bestemmelser om rettighederne for visse grupper af tjenestemænd i henhold til APW i tilfælde af uarbejdsdygtighed på grund af sygdom eller invaliditet.

Anordningens artikel 2, stk. 1, bestemmer, at »en arbejdstager, som er uegnet til at udføre sit arbejde på grund af sygdom, oppebærer fuld løn i den kalendermåned, hvor uarbejdsdygtigheden er opstået, og i det derpå følgende år. Herefter oppebærer han 80% af lønnen«.

Anordningens artikel 3, som ændret ved kongelig anordning af 24. december 1975 (Stbl. 767) har følgende ordlyd:

»1. Med forhindring i at udføre arbejde på grund af sygdom sidestilles med henblik på anvendelsen af denne forordning forhindring i forbindelse med graviditet og fødsel eller på grund af invaliditet.

2. Gravide arbejdstagere antages under alle omstændigheder at være forhindret i at arbejde på grund af graviditet fra den sjette uge forud for det af en læge eller en jordemor attesterede forventede fødselstidspunkt.

3. Arbejdstagere, som netop er nedkommet, antages under alle omstændigheder at være forhindret i at arbejde på grund af fødslen i mindst seks uger efter fødslen.«

Anordningens artikel 14 har følgende ordlyd:

»Bestemmelserne i nærværende anordning finder ikke anvendelse på arbejdstagere, der har status som stats-, amts- eller kommunalt ansatte, og som er tillagt rettigheder, såfremt de er forhindret i at arbejde som følge af sygdom eller invaliditet; bestemmelserne finder heller ikke anvendelse på arbejdstagere i organer, hvor de pågældende arbejdstagere i henhold til disses egen ordning er tillagt rettigheder i tilfælde af uarbejdsdygtighed som følge af sygdom eller invaliditet, der ikke er mindre gunstige end de rettigheder, de har i henhold til nærværende anordning.«

Det fremgår af forelæggelsesdommen, at risikoen for uarbejdsdygtighed på grund af sygdom for arbejdstagere under VJV obligatorisk påhviler en fond, nemlig »Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs« (Risikofonden for Sociale Ydelser i Forbindelse med Særlig Undervisning) (herefter benævnt »Risicofonds«). Fonden udbetaler ydelser til de tilsluttede (de enkelte arbejdsgivere), såfremt en forsikret bliver syg og er omfattet af de betingelser, der er fastsat i Risicofonds' interne bestemmelser om dagpenge ved sygdom (»Ziekengeldreglement«). Ziekengeldsreglement's artikel 6 (»fortabelse af retten til ydelser«) bestemmer:

»Bestyrelsen kan helt eller delvist nægte en tilsluttet udbetalingen af dagpenge ved sygdom:

- a) såfremt en forsikret var uegnet til at udføre sit arbejde på det tidspunkt, da forsikringen trådte i kraft
- b) såfremt en forsikret er blevet uegnet til at udføre sit arbejde inden for et halvt år efter det tidspunkt, da forsikringen trådte i kraft, når den pågældendes sundhedstilstand på tidspunktet for denne ikrafttræden klart måtte lade formode, at denne uegnethed ville indtræde inden for et halvt år

indeholder de forsikringsbestemmelser, der er gældende for størstedelen af de ansatte inden for den private sektor, og efter hvilken ordning Dekker var forsikret i den stilling, hun havde, inden hun ansøgte om stillingen under VJV. Selv om artikel 44, stk. 1, litra a), første og anden tankestreg, i Zieketwet indeholder bestemmelser svarende til Ziekengeldreglement's artikel 6, hedder det dog i artikel 44, stk. 1, litra b):

»I tilfælde af graviditet inden det tidspunkt, da forsikringen trådte i kraft, eller i tilfælde af fødsel senest seks måneder efter det tidspunkt, da forsikringen trådte i kraft, finder førnævnte bestemmelser ikke anvendelse, såfremt forsikringen, herunder den forsikredes tidligere forsikringer, ikke har været afbrudt i mere end 60 dage under svangerskabet...«

Henset til ordlyden af det tredje af de spørgsmål, Hoge Raad har forelagt, må også artiklerne 1401 og 1402 i den nederlandske civillovbog nævnes. Artikel 1401 bestemmer: »Enhver retsstridig handling, hvorved tredjemand påføres skade, forpligter den, som er skyldig i skadens opståen, til at godtgøre den«, mens det i artikel 1402 hedder, at »enhver er ansvarlig for den skade, han har forvoldt, ikke kun i kraft af sine handlinger, men også i kraft af forsømmelighed eller uagtsomhed«.

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandling

...«

Det må fremhæves, at bestemmelserne i Ziekengeldreglement's artikel 6 ikke er de samme som i artikel 44 i Zieketwet (den nederlandske lov om sygeforsikring), som

I juni 1981 ansøgte Dekker om en stilling som lærer i det undervisningscenter for unge voksne, som VJV driver. Den 15. juni 1981 meddelte hun Ansættelsesudvalget, at hun

var gravid i tredje måned. Uanset at udvalget indstillede hende til VJV's bestyrelse som den mest egnede til stillingen, fik hun ved skrivelse af 10. juli 1981 meddelelse om, at hun ikke ville blive ansat.

Som begrundelse for, at hun ikke ville blive ansat, anførtes det i skrivelserne, at hun allerede var gravid på det tidspunkt, da hun indgav ansøgningen, og det understregedes, at den økonomiske begrundelse for ikke at ansætte hende var, at ifølge de oplysninger, VJV havde indhentet, ville man ikke få udbetalt godtgørelse for dagpenge i den periode, hvor Dekker ville være fraværende som følge af graviditet og fødsel. VJV ville således have været forpligtet til at udbetale hende 100% i det første år og i det andet år 80% af den senest oppebårne løn, uden at få beløbet godtgjort af Risicofonds. VJV ville således ikke have kunnet ansætte en vikar, hvilket eventuelt kunne bevirke, at man også ville miste stillinger.

Efter at først Arrondissementsrechtbank og derefter Gerechtshof, Amsterdam, havde frifundet VJV for Dekker's påstand om erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, indgav Dekker kassationsanke til prøvelse af Gerechtshof's dom.

Da Hoge Raad fandt, at sagen rejser spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207, som kan have betydning for den nederlandske gennemførelseslov og den allerede da eksisterende lovgivning, fore-

lagde den ved dom af 24. juni 1988 i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 følgende spørgsmål for Domstolen:

- »1) Handler en arbejdsgiver enten direkte eller indirekte i strid med det i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i [Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår] nævnte princip om ligebehandling, når han nægter at indgå en ansættelseskontrakt med en ansøger, som han har fundet egnet, på grund af de negative følger, som han må forvente af hendes ved denne ansøgning bestående graviditet på grund af bestemmelser fastsat af myndighederne vedrørende uarbejdsdygtighed, hvorefter uarbejdsdygtighed i forbindelse med graviditet og invaliditet sidestilles med uarbejdsdygtighed på grund af sygdom?
- 2) Gør det herved nogen forskel, at der ikke er mandlige ansøgere?
- 3) Er det foreneligt med artiklerne 2 og 3:
 - a) at — når det står fast, at princippet om ligebehandling er tilsidesat i forhold til de afviste ansøgere — der

derudover som betingelse for, at der kan gives medhold i et krav som det foreliggende på grundlag af denne tilsidesættelse, yderligere kræves skyld hos arbejdsgiveren

eller

- b) at arbejdstageren, når en sådan tilsidesættelse er konstateret, kan anføre en berettiget begrundelse, uden at der foreligger et af de i artikel 2, stk. 2-4, nævnte tilfælde?

- 4) Såfremt der kan kræves skyld som nævnt i spørgsmål 3, eller der kan påberåbes ansvarsfrihedsgrunde, er det da tilstrækkeligt til at antage, at der ikke foreligger skyld, henholdsvis at der foreligger en ansvarsfrihedsgrund, at arbejdsgiveren løber sådanne risici som de under de faktiske omstændigheder angivne, eller skal artiklerne 2 og 3 fortolkes således, at han skal bære disse risici, undtagen i den situation, hvor han har skaffet sig fuld sikkerhed for, at ydelsen ved uarbejdsdygtighed bliver nægtet, henholdsvis at han vil miste stillinger og har gjort alt, hvad der er muligt for at forhindre dette?»

Hoge Raad's dom blev registreret på Domstolens Justitskontor den 30. juni 1988.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statuten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i ho-

vedsagen, Dekker, ved advokat Van Dijk, Haag, af sagsøgte i hovedsagen, VJV, ved landesadvocaat J. L. de Wijkerslooth, af Det Forenede Kongeriges regering ved J. A. Gensmantel, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, af den nederlandske regering ved generalsekretær E.F. Jacobs, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Banks og B. J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen den 7. juni 1989 besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har dog skriftligt anmodet den nederlandske regering om senest den 15. juli 1989 at fremlægge den fuldstændige ordlyd af Ziekengeldreglement. Dette er sket inden for den fastsatte frist.

III — Skriftlige indlæg for Domstolen

Det første spørgsmål (direkte eller indirekte forskelsbehandling)

E. Dekker har anført, at såvel underinstansen som appelinstansen var af den opfattelse, at loven om ligebehandling var overtrådt; således udtalte Rechtbank, at artikel 1637ij i den nederlandske civillovbog (indsat ved ligebehandlingslovens artikel 1) var tilsidesat, mens Gerechtshof, Amsterdam, fandt, at lovens artikel 3 var tilsidesat. Begge ret-

sinstanserne tog imidlertid ikke påstanden om erstatning til følge, idet arbejdsgiveren efter deres opfattelse havde fremført en ansvarsfrihedsgrund, som bevirkede, at overtrædelsen af loven ikke var retsstridig. Det forhold, at det i de af det offentlige vedtagne bestemmelser er fastsat, at forhindring i at udføre arbejde på grund af sygdom er sidestillet med forhindring på grundlag af graviditet og fødsel, ændrer ikke, at arbejdsgiverens henvisning til ansøgerens graviditet må anses for en kønsbetinget henvisning. I bestemmelserne er det blot fastsat, at arbejdstagere, som af forskellige grunde ikke kan udføre deres arbejde, har samme rettigheder.

Såfremt der er tale om uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, kan Risicofonds' beføjelse til at nægte at udbetale ydelser vedrøre såvel mænd som kvinder. Den skade, der følger af, at der nægtes udbetalt dagpenge som følge af graviditet og fødsel, er en skade, som kun kan vedrøre kvindelige arbejdstagere. En arbejdsgiver, som henviser til denne ulempe, påberåber sig således en omstændighed, som kun kan gøre sig gældende over for det ene køn, og udøver følgelig en forskellig behandling, der er forbudt efter direktivet.

E. Dekker har derefter fastslået, at de nationale retsinstanser ikke har taget stilling til, om en henvisning til graviditet er udtryk for direkte eller indirekte forskelsbehandling. Selv om den i litteraturen antages at være en indirekte forskelsbehandling, jf. det i direktivet givne eksempel på indirekte forskelsbehandling med henvisning til familiemæssig stilling, er en sådan henvisning efter Dekker's opfattelse direkte forskelsbehandling. I den foreliggende sag er der netop ikke tale om omstændigheder, der opstår

som følge af graviditeten, men om en kønsbetinget situation, der bevirker, at en person ikke kan udføre sit arbejde som følge af orlov i forbindelse med graviditet og barsel.

Hvis det statueres, at en henvisning til graviditet er en indirekte forskelsbehandling, har E. Dekker bemærket, at det ikke kan antages, at den forskelsbehandling, arbejdsgiveren har udøvet, var begrundet i objektive hensyn, idet arbejdsgiveren nægtede ansøgeren ansættelse umiddelbart efter at have erfaret, at Risicofonds kunne afvise at betale ydelsen; dette er i strid med de principper om nødvendighed og proportionalitet, der gælder inden for fællesskabsretten. Arbejdsgiveren har i øvrigt ikke på nogen måde undersøgt, om beføjelsen til at nægte godtgørelse ville blive udøvet og heller ikke gjort noget for at forhindre, at beføjelsen ville blive bragt i anvendelse eller for at forhindre de dermed forbundne skadegørende følger.

E. Dekker har endelig anført, at de konsekvenser, arbejdsgiveren måtte være indstillet på, ikke var så alvorlige, at det af den grund var nødvendigt at se bort fra den interesse, sagsøgeren har i, at ligebehandlingsprincippet overholdes.

Heroverfor har VJV anført, at Hoge Raad's første spørgsmål må besvares benægtende. Efter at have uddybet begrebet »effektive undervisningstimer« i nederlandsk ret og forholdet mellem dette begreb og antallet af stillinger inden for en organisation som VJV, udtrykt i lederstillinger, har VJV anført, at nægtelsen af at indgå en ansættelseskontrakt med en ansøger ikke efter direktivet er direkte eller indirekte forskelsbehandling, blot fordi ansøgeren er kvinde. Selv om en ansøger har de kvalifikationer, der kræ-

ves i den stilling, der ønskes besat, kan en arbejdsgiver have gode grunde til ikke at tilbyde ansøgeren ansættelse (for eksempel, at ansøgerens lønkrav er for højt). Kun såfremt arbejdsgiverens nægtelse udelukkende eller navnlig er baseret på, at arbejdsgiveren ikke ønsker, at den ledige stilling beklædes af en kvinde, og arbejdsgiveren ikke kan fremføre et lovligt hensyn, der begrundet nægtelsen, er der tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling. Det fremgår af Domstolens praksis, at arbejdsgiverens begrundelse skal tages i betragtning, jf. domme af 31. marts 1981, Jenkins (sag 96/80, Sml. s. 911), af 13. maj 1986, Bilka (sag 170/84, Sml. s. 1607), af 11. juni 1987, Teuling (sag 30/85, Sml. s. 2497) og af 15. maj 1986, Johnston (sag 222/84, Sml. s. 1651).

I den foreliggende sag har VJV ikke tilbudt E. Dekker ansættelse, ikke fordi hun er kvinde og heller ikke fordi hun var gravid, men fordi VJV havde fået meddelelse om, at Risicofonds i tilfælde af fravær på grund af graviditet og senere eventuelle uarbejdsdygtighed som følge af graviditet og fødsel kunne nægte at udbetale ydelse. Dette ville have medført, at VJV ikke havde kunnet ansætte en vikar, hvilket på grund af støtteordningen kunne have medført alvorlig fare for kontinuiteten i dets arbejde og virksomhed.

Den afgørende omstændighed var således den økonomiske risiko, som VJV ville have løbet ved at ansætte E. Dekker. Selv om der er en sammenhæng mellem E. Dekker's graviditet og afgørelsen om ikke at ansætte hende, var denne sammenhæng efter VJV's opfattelse en omstændighed, som VJV ikke på nogen måde havde indflydelse på.

VJV har i øvrigt ikke forsøgt at finde argumenter til støtte for ikke at ansætte en (gravid) kvinde, idet det af de omstændigheder, Hoge Raad har lagt til grund, fremgår, at VJV var indstillet på at acceptere E. Dekker's fravær under barselorloven. Det eneste problem var, om man i den pågældende periode kunne lønne en vikar for hende.

Den *nederlandske regering* har indledningsvis bestridt den fortolkning af de gældende bestemmelser, parterne i hovedsagen tilsyneladende er enige om. Eftersom ordninger som den, Risicofonds anvender, ikke må føre til, at de ansatte har mindre vidtgående rettigheder end dem, de måtte have i henhold til den i almindelighed gældende forsikringsordning, ville Risicofonds' beføjelse til at nægte at betale dagpenge til E. Dekker ikke have haft bindende virkning. Den nederlandske regering har endvidere anført, at den omstændighed, at et svangerskab sidestilles med forhindring i at udføre et arbejde på grund af sygdom kun gælder for selve retten til ydelsen.

Med hensyn til, hvorledes det første præjudicielle spørgsmål skal besvares, har den nederlandske regering anført, at den omstændighed, at en kvinde ikke ansættes, fordi hun er gravid, er ensbetydende med, at mænd og kvinder behandles forskelligt. En forskellig behandling på grund af et svangerskab er desuden i den grad kønsbettinget, at der må siges at foreligge direkte forskelsbehandling.

Den *britiske regering* har anført, at direktivets artikel 3, stk. 1, sammenholdt med dets artikel 2, stk. 1, er til hinder for at nægte en kvinde ansættelse med den begrundelse, at

hun ikke kan eller på et tidspunkt ikke vil kunne arbejde, og en mand ikke med den samme begrundelse ville blive nægtet ansættelse. Direktivet rækker ikke videre. Navnlig indebærer det ikke, at en kvinde skal behandles gunstigere, fordi hun er gravid, eller fordi hun vil være fraværende på grund af graviditeten eller fødslen, end en mand, der befinder sig i en tilsvarende situation. Selv om der ikke efter direktivet kræves en gunstigere behandling, hjemler dets artikel 2, stk. 3, dog mulighed for, at medlemsstaterne kan fastsætte bestemmelser, der navnlig sikrer kvinder en bedre behandling i tilfælde af graviditet eller barsel; der tillades således en undtagelse fra det generelle formål efter direktivet, som er at gennemføre ligebehandling. Den britiske regering har foreslået, at det første præjudicielle spørgsmål besvares således:

»En arbejdsgiver handler kun i strid med det i direktivets artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, fastsatte ligebehandlingsprincip, såfremt han ikke ville have nægtet at indgå en ansættelseskontrakt med en mandlig ansøger efter at være blevet klar over, at ansøgeren ikke kunne eller på et senere tidspunkt ikke ville kunne arbejde på grund af sygdom, men nægter at indgå en ansættelseskontrakt med en kvindelig ansøger, som efter arbejdsgiverens opfattelse var egnet til at udføre det pågældende arbejde, fordi han gør sig klart, at den kvindelige ansøger på grund af graviditet ikke kan eller på et senere tidspunkt ikke vil kunne arbejde. I henhold til direktivets artikel 2, stk. 3, kan en medlemsstat imidlertid fastsætte retsforskrifter, hvorefter en arbejdsgiver ikke lovligt kan nægte at ansætte en kvindelig ansøger, fordi hun på grund af graviditet ikke kan eller på et senere tidspunkt ikke vil kunne arbejde. Sådanne bestemmelser skal følgelig ikke revideres, jf. (direktivets) artikel 5, stk. 2. Hvis der i en medlemsstat ikke gælder så-

danne bestemmelser, kræves det ikke efter direktiv 76/207/EØF, at den vedtager sådanne bestemmelser.«

Kommissionen har først redegjort for de faktiske omstændigheder samt retsforhandlingernes forløb ved de nationale retsinstanser og kommenteret de omtvistede nationale retsforskrifter, og derefter indledningsvis bemærket, at de spørgsmål, Hoge Raad har forelagt, direkte vedrører artikel 1401 i den nederlandske civillovbog. En betingelse for, at der er pådraget ansvar uden for kontraktforhold, er navnlig, at der foreligger en retsstridig handling, hvilket der gør, såfremt loven om ligebehandling af mænd og kvinder er overtrådt. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en sådan overtrædelse, afhænger af, hvorledes loven må fortolkes. Da loven er en gennemførelse af direktivet, skal bestemmelserne fortolkes i lyset af direktivet (jf. dom af 11. april 1984, Von Colson og Kamann, sag 14/83, Sml. s. 1891, og dom af 10. april 1984, Harz, sag 79/83, Sml. s. 1921).

Kommissionen har imidlertid rejst det spørgsmål, om der i den foreliggende sag reelt er tale om et fællesskabsretligt problem. Ifølge de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund, har VJV nægtet at ansætte E. Dekker, dels fordi graviditet efter de nationale retsforskrifter er sidestillet med sygdom, dels fordi Risicofonds' bestyrelse kan nægte at udbetale dagpenge, såfremt en arbejdstager bliver uarbejdsdygtig inden for en frist på seks måneder på grund af en »sygdom«, der kan forudses på det tidspunkt, da forsikringen træder i kraft.

Kommissionen har heraf udledt, at de nationale bestemmelser eller i det mindste den måde, de blev anvendt på på tidspunktet for de omtvistede faktiske omstændigheder, ikke var i overensstemmelse med det ligebehandlingsprincip, der er fastsat i direktivet. Da kun kvinder kan blive gravide, må seks månedersreglen antages i højere grad at ramme kvinder end mænd. Da reglen hovedsagelig spiller en rolle ved nyansættelser, hvor der ikke før har været en stilling, der er omfattet af den samme forsikringsordning, kan det med rimelighed antages, at reglen navnlig rammer unge arbejdstagere, hvor kvinder på grund af deres alder normalt får børn. Uanset om der i den foreliggende sag er tale om direkte forskelsbehandling, er bestemmelserne under alle omstændigheder udtryk for en indirekte forskelsbehandling, hvilket er i strid med den forpligtelse, Nederlandene er pålagt i henhold til direktivets artikel 3, stk. 2, ab initio, og litra a). Det egentlige problem i den foreliggende sag vedrører således de nationale bestemmelser som sådanne og ikke arbejdsgiverens handlinger.

For så vidt angår de forpligtelser, der påhviler en arbejdsgiver i medfør af direktivet, har Kommissionen fastslået, at en arbejdsgiver ikke efter de nationale retsfor skrifter er pålagt nærmere angivne forpligtelser. Det står arbejdsgiveren frit for, om han vil anvende dem, men den arbejdsgiver, som uden hensyn til de nationale bestemmelser overholder forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn, påføres en økonomisk byrde.

Man kan herefter rejse det spørgsmål, om det kan kræves, at arbejdsgiveren enten ser helt bort fra sådanne nationale, forskelsbehandlende bestemmelser, eller anlægger sag ved domstolene og herunder gør gældende,

at de er uforenelige med direktivet eller med loven om ligebehandling af mænd og kvinder. Udfaldet af en sådan sag er imidlertid ganske usikker, og navnlig vil et sådant krav være ensbetydende med, at arbejdsgiveren pålægges en forpligtelse, der påhviler staten. Dette er efter Kommissionens opfattelse i strid med, hvad Domstolen fastslog i dom af 26. februar 1986, Marshall (sag 152/84, Sml. s. 723), idet dette ville være det samme som direkte at pålægge en arbejdsgiver forpligtelser.

Kommissionen har endelig anført, at det tilkommer den nationale retsinstans at afgøre, om arbejdsgiverens begrundelse for at fravige ligebehandlingsprincippet faktisk kan forklares med, at staten ikke har gennemført direktivet fuldt ud og korrekt.

Det andet spørgsmål (betydningen af, at der ikke er mandlige ansøgere)

E. Dekker har anført, at der i den foreliggende sag er tale om en forskelsbehandling, der er forbudt, idet henvisningen til hendes graviditet direkte er kønsbetinget. Det argument, arbejdsgiveren har fremført til støtte for ikke at ansætte hende, ville ikke kunne fremføres i relation til en mand. Efter direktivet er det ved ansættelser eller beslutninger i øvrigt på arbejdsmarkedet forbudt at anvende kriterier, som udelukkende (direkte forskelsbehandling) eller næsten udelukkende (indirekte forskelsbehandling) må antages at ramme det ene køn. Hvis det hævdes, at der også skulle være ansøgere af det andet køn, ville der opstå uovervindelige procedureproblemer, idet man for at bevise, at personer af det andet køn har indgivet ansøgning, er helt afhængig af oplysninger, som sagsøgte skal afgive.

Ifølge *VJV* bør det andet spørgsmål besvares bekræftende. Der er ikke tale om en diskriminerende følge af en afgørelse in abstracto, men om en af en arbejdsgiver truffet konkret afgørelse om ikke at ansætte en bestemt ansøger. I henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, er enhver forskelsbehandling på grundlag af køn forbudt; heraf følger, at såfremt en arbejdsgiver med henblik på besættelsen af en given stilling vælger mellem ansøgere, der alle er kvinder, kan en sådan afgørelse ikke være udtryk for forskelsbehandling på grundlag af køn. I så fald er det for arbejdsgiveren kun økonomiske eller forvaltningsmæssige hensyn, der er afgørende. Det forhold, at en arbejdsgiver er bekendt med, at en bestemt ansøger vil være fraværende fra arbejdet og der ikke kan ansættes en vikar, mens dette ikke er tilfældet for en anden ansøger, kan føre til, at sidstnævnte ansøger foretrækkes, hvilket intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

Den *nederlandske regering* har bemærket, at det er uden betydning, at der ikke er mandlige ansøgere. Begrundelsen for at nægte ansættelse (baseret på den pågældendes køn) er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling, uanset sagens faktiske omstændigheder i øvrigt, idet sådanne omstændigheder kun spiller en rolle ved afgørelsen af, om der er tale om indirekte forskelsbehandling.

Den *britiske regering* har anført, at den omstændighed, at der ikke var mandlige ansøgere, ikke gør nogen forskel, medmindre den kvindelige ansøger kan bevise, at en mandlig ansøger med de samme kvalifikationer ville være blevet behandlet bedre.

Ifølge *Kommissionen* er det uden betydning, om kun kvinder har indgivet ansøgning, eftersom det er den begrundelse, arbejdsgiverens afgørelse er baseret på, der er afgørende. Det forhold, at en kvindelig ansøger nægtes ansættelse på grund af hendes graviditet, er i relation til hende forskelsbehandling på grundlag af køn, eftersom en sådan begrundelse pr. definition kun kan anvendes over for kvinder.

Det tredje spørgsmål (eventuelt krav om, at der foreligger culpa hos eller en ansvarsfrihedsgrund i relation til arbejdsgiveren)

Ifølge *E. Dekker* kan det af direktivet udledes, at eftersom ligebehandlingsprincippet er til hinder for, at kvinder behandles mindre gunstigt end mænd, kan det ikke antages, at arbejdsgivere fortsat kan behandle dem forskelligt, fordi følgerne af ligebehandlingen er for ugunstige for dem. Ovennævnte princip medfører derimod, at en arbejdsgiver må løbe risikoen for at lide et økonomisk tab, og arbejdsgiveren må i givet fald tegne en forsikring mod de dermed forbundne skadevirkninger.

Heroverfor har *VJV* anført, at det tredje spørgsmål er vanskeligt at besvare, idet den sontring, der er foretaget mellem spørgsmål 3 a) og spørgsmål 3 b) delvis er forbundet med de relevante nationale bestemmelser, hvorefter der sondres mellem berettigede begrundelser (som fratager en handling dens retsstridige karakter) og ansvarsfrihedsgrunde (som ophæver ansvaret og erstatningsforpligtelsen), mens direktivet ikke indeholder en sådan sontring. På grundlag af direktivet kan kun det spørgsmål besvares, om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet kan være begrundet i et nærmere

angivet tilfælde, uanset om en sådan begrundelse efter national ret er en ansvarsfrihedsgrund eller et hensyn, der gør handlingen berettiget.

der derimod er tale om et af de tilfælde, der opregnes i direktivets artikel 2, stk. 2-4, er der ikke reelt tale om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Artikel 2, stk. 2-4, er rettet til medlemsstaterne og indeholder nærmere regler med hensyn til deres kompetence til at udstede retsfor skrifter. Bestemmelserne er imidlertid ikke til hinder for, at den enkelte arbejdsgiver kan påberåbe sig et hensyn, således at han kan fravige ligebehandlingsprincippet i andre tilfælde end de i ovennævnte bestemmelser fastsatte. Man kan imidlertid ikke med rimelighed lade den enkelte arbejdsgiver bære følgerne af en ordning, der er gældende i Nederlandene, og hvorefter sygdom og graviditet i relation til forsikringsydelse er sidestillet, såfremt sådanne følger er til alvorlig fare for kontinuiteten i og hensigtsmæssigheden af det arbejde, arbejdsgiveren udfører.

Den *nederlandske regering* har anført, at det ikke er en betingelse for at tage en påstand om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet til følge, at der foreligger culpa eller eventuelt ikke et begrundet hensyn fra arbejdsgiverens side. Direktivet giver ikke noget holdepunkt for en sådan antagelse, som i givet fald ville bringe det formål, der følges med direktivet, i fare.

Den *britiske regering* har bemærket, at hvis det bevises, at ligebehandlingsprincippet er overtrådt til skade for den kvindelige ansøger, der er nægtet ansættelse, er det ikke en betingelse for at tage en på det grundlag nedlagt erstatningspåstand til følge, at der også foreligger culpa hos arbejdsgiveren. Det samme gælder, såfremt arbejdsgiveren påberåber sig en ansvarsfrihedsgrund. Hvis

Kommissionen har anført, at såfremt en arbejdsgiver overtræder ligebehandlingsprincippet, er det uforeneligt med direktivet at kræve yderligere betingelser opfyldt for at statuere ansvar. Enten er princippet tilsidesat (og i så fald må der i national ret være fastsat passende sanktioner) eller også er det ikke tilsidesat (og i så fald er der ikke behov for sanktioner).

For så vidt angår spørgsmålet om økonomiske hensyn, der eventuelt kan være begrundet i relation til arbejdsgiveren, er problemet efter Kommissionens opfattelse, om et faktisk eller eventuelt økonomisk tab for arbejdsgiveren er en omstændighed, som medfører, at han kan fravige ligebehandlingsprincippet; Domstolen har endnu ikke haft lejlighed til at udtale sig herom i relation til det her omtvistede direktiv. Med henvisning til Domstolens praksis vedrørende Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT L 6, s. 24) (jf. ovennævnte dom af 11. juni 1987, Teuling) samt til de domme, Domstolen har afsagt vedrørende princippet om ligeløn til mænd og kvinder (jf. navnlig ovennævnte domme af 31. marts 1981, Jenkins, og af 13. maj 1986, Bilka) har Kommissionen udledt, at begrundelser, som kan forklares ved faktorer, der er objektivt begrundede og er enhver forskelsbehandling på grundlag af køn uvedkommende, ikke er i strid med princippet om ligebehandling for så vidt angår adgang til beskæftigelse, uanset at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn hører til de grundlæggende rettigheder, som er beskyttet efter fællesskabsretten (jf. dom af 15. juni 1978, De-

frenne, sag 149/77, Sml. s. 1365). Ifølge Kommissionen tilkommer det den nationale retsinstans at afgøre, om arbejdsgiverens afgørelse opfylder disse kriterier.

Det fjerde spørgsmål (omfanget af de risici, som arbejdsgiveren må antages at løbe)

E. Dekker har understreget, at spørgsmålet forudsætter, at det tredje spørgsmål besvares bekræftende. Dette kan ikke betyde andet end, at det anerkendes, at der kan påberåbes konkrete force majeure-situationer. Force majeure-omstændigheden skal være af en sådan art, at indgåelsen af ansættelseskontrakten er blevet en retsakt, der er uden mening. Selv om man var helt sikker på, at de følger, arbejdsgiveren frygter, faktisk vil indtræde, må han nødvendigvis ifalde ansvar, idet han er forpligtet til at bære disse risici. En anden konklusion ville indebære, at de enkelte arbejdstagere ville komme til at bære de skadegørende virkninger i praktisk og økonomisk henseende af ligebehandlingsprincippet.

Ifølge *VJV* kan grundlaget for en besvarelse af det fjerde spørgsmål søges i Domstolens ovennævnte dom af 15. maj 1986, *Johnston*, og det tilkommer således den nationale retsinstans at afgøre, om de hensyn, *VJV* har baseret sin afgørelse på, faktisk er begrundede og gør den konkrete afgørelse berettiget, samt at påse, at proportionalitetsprincippet er overholdt, og at tage stilling til, om nægtelsen af at tilbyde ansættelse kunne være undgået. Ifølge *VJV* er dommens formulering imidlertid for generel, og det kan heller ikke forlanges, at en arbejdsgiver skal skaffe sig fuld sikkerhed for, at ydelsen vil blive nægtet eller at man vil miste stillinger,

og heller ikke, at arbejdsgiveren skal have gjort alt, hvad der er muligt for at forhindre sådanne følger. Efter *VJV*'s opfattelse kan det kun kræves af arbejdsgiveren, at han i rette tid skaffer sig oplysninger om forsikringsgiverens standpunkt, og at arbejdsgiveren undersøger det nærmere indhold af støttere reglerne behørigt, også henset til, at arbejdsgiveren ligeledes skal gennemføre en ansættelsesprocedure med en vis omhu, såvel i ansøgernes som i hans egen organisatoriske interesse.

Den *nederlandske regering* har ikke udtrykkeligt taget stilling til dette spørgsmål, og den *britiske regering* har blot bemærket, at det er uforment at besvare spørgsmålet, såfremt det tredje spørgsmål besvares på den måde, regeringen har foreslået.

Ifølge *Kommissionen* kan det fjerde præjudicielle spørgsmål principielt besvares på grundlag af de kriterier, Domstolen opstillede i ovennævnte dom i *Bilka-sagen*. I den foreliggende sag må det antages, at en arbejdsgivers nægtelse af at indgå en ansættelseskontrakt med en ansøger, som han havde fundet egnet, og som bevisligt er gravid, ikke er en forbudt tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, når nægtelsen er begrundet i objektive hensyn, og den nationale retsinstans fastslår, at nægtelsen tjener overordnede økonomiske hensyn for virksomheden og er nødvendige i dette øjemed. For så vidt angår det første kriterium, må der tages hensyn til virksomhedens behov som økonomisk enhed, behov, som kan omfatte (de øvrige) arbejdstageres interesser. Med hensyn til det andet kriterium er spørgsmålet, om samme mål kunne være nået ved en mindre indgribende foranstaltning, idet sidstnævnte betingelse er en anvendelse af proportionalitetsprincippet.

Kommissionen har herefter foreslået, at de fire spørgsmål, Høge Raad har forelagt, besvares således:

»En arbejdsgiver inden for den private sektor handler ikke i strid med det princip om ligebehandling af mænd og kvinder, der er fastsat i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF, såfremt den pågældende medlemsstat ikke har gennem-

ført direktivet korrekt i national ret, og det kan fastslås, at arbejdsgiverens handling, som en ansøger til en stilling har klaget over under påberåbelse af ovennævnte princip, kan forklares ved denne manglende gennemførelse fra medlemsstatens side.«

Gordon Slynn
Refererende dommer