FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS fremsat den 8. juli 2004 [1]

1. Under denne sag, som er anlagt i medfør af artikel 226 EF, har Kommissionen nedlagt påstand om, at den østrigske lovgivning er uforenelig med artikel 2 og 3 i ligebehandlingsdirektivet [2] (herefter »direktivet«), da den indeholder et forbud mod at beskæftige kvinder i visse funktioner i mineindustrien og i funktioner, som indebærer arbejde under overtryk og dykkerarbejde.

Retsforskrifter

Fællesskabsretten

2. Direktivets artikel 2 indeholder følgende bestemmelser af relevans for sagen:

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

2. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse og i givet fald de dertil førende uddannelser, for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.

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

[...]«

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

3. Artikel 3 indeholder følgende bestemmelser af relevans for sagen:

»1. Anvendelsen af princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet.

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

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

[...]«

4. Ifølge fællesskabsretten var Republikken Østrig forpligtet til at gennemføre direktivet senest den 1. januar 1995, datoen for dens tiltrædelse af Det Europæiske Fællesskab. Ifølge aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde [3] var Republikken Østrig dog forpligtet til at gennemføre direktivet allerede den 1. januar 1994, datoen for aftalens ikrafttræden.

5. Artikel 307 EF indeholder følgende bestemmelser af relevans for sagen:

»De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne traktat.

I det omfang, disse konventioner er uforenelige med denne traktat, bringer den eller de pågældende medlemsstater alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser [...]«

3 — Aftalen er indeholdt som bilag til Rådets og Kommissionens afgørelse 94/1/EF, EKSF af 13.12.1993, EFT 1994 L 1, s. 1. Jf. navnlig artikel 70 og nr. 18 i bilag XVIII.

Folkeret

6. Artikel 2 i konvention nr. 45 fra Den Internationale Arbejdsorganisation af 21. juni 1935 om beskæftigelse af kvinder i alle former for underjordiske miner (herefter »ILO's konvention nr. 45«) bestemmer:

»Ingen kvinder må uanset alder beskæftiges i underjordiske miner.«

7. Artikel 3 bestemmer:

»Der kan ved national lov gøres undtagelse fra dette forbud

a) for personer med en ledende stilling, som ikke er forbundet med manuelt arbejde

b) for personer, som er beskæftiget i sundhedstjenesten og den sociale tjeneste

c) for personer, som under deres studier gør praktikanttjeneste i underjordiske miner med henblik på deres faglige uddannelse

d) for andre, som lejlighedsvis opholder sig i en underjordisk mine med henblik på udøvelsen af et erhverv, der ikke har karakter af et manuelt arbejde.«

8. Artikel 7 bestemmer:

»1. Et medlem, som har ratificeret denne konvention, kan efter udløbet af en periode på ti år fra datoen for konventionens ikrafttrædelse opsige den ved en skrivelse, som meddeles generaldirektøren for Den Internationale Arbejdsorganisation, og som registreres af denne. Opsigelsen får først virkning et år efter registreringen.

2. Et medlem, som har ratificeret denne konvention, og som ikke inden et år efter udløbet af førnævnte tiårsperiode gør brug af

sin beføjelse efter denne artikel til at opsige konventionen, er bundet heraf for en ny tiårsperiode og kan derpå opsige den efter udløbet af hver tiårsperiode på de i denne artikel fastsatte betingelser.«

9. ILO's konvention nr. 45 trådte i kraft den 30. maj 1937. Den kunne derfor være blevet ophævet i året efter den 30. maj 1997. Republikken Østrig er kontraherende part i konventionen, da den ratificerede den i 1937.

National ret

10. § 16 i Arbeitszeitordnung (lov om arbejdstiden) af 30. april 1938[4] (herefter »loven fra 1938«), som ifølge Kommissionen var i kraft indtil den 31. juli 2001, men som ifølge den østrigske regering blev ophævet ved lov af 19. august 1999[5], bestemte:

»1) Kvindelige arbejdstagere må ikke beskæftiges i miner, saltgruber, bearbejdningsanlæg og underjordiske brud og gruber og må heller ikke beskæftiges over jorden til udvinding — med undtagelse af bearbejdning (sortering og rensning) — transport og lastning.

2) Kvindelige arbejdstagere må heller ikke beskæftiges i koksværker eller med transport af råstoffer til bygningsarbejder af enhver art.

3) Forbundsarbejdsministeren kan helt forbyde beskæftigelse af kvindelige arbejdstagere eller fastsætte betingelser for bestemte typer af bedrifter eller arbejder, der er forbundet med en særlig fare for sundheden og moralen.«

11. Med virkning fra den 1. august 2001 er beskæftigelsen af kvinder i den underjordiske mineindustri reguleret af Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitsnehmerinnen (den af forbundsministeren for økonomi og beskæftigelse udstedte lov om beskæftigelsesforbud

4 — Deutsches RGBl I, s. 447; GBl f.d.L.Ö nr. 231/1939.

5 — Bundesgesetz zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen (forbundslov om ophævelse af bestemte forbundslove og bekendtgørelser, som blev vedtaget inden 1946) BGBl I nr. 191/1999.

og -begrænsninger for kvindelige arbejdstagere) af 4. oktober 2001 [6] (herefter »loven fra 2001«).

12. § 2 i loven fra 2001 bestemmer:

»1) Kvindelige arbejdstagere må ikke beskæftiges i den underjordiske mineindustri.

2) Stk. 1 gælder ikke for

1. kvindelige arbejdstagere med et ledende eller et teknisk ansvar, som ikke udfører krævende fysisk arbejde

2. kvindelige arbejdstagere, som arbejder i sundhedstjenesten eller den sociale tjeneste

3. kvindelige arbejdstagere, der som led i deres studier eller tilsvarende uddannelse skal gennemgå en erhvervspraktik, så længe denne praktik varer

4. kvindelige arbejdstagere, der kun lejlighedsvis er beskæftiget i den underjordiske mineindustri som led i et erhverv, der ikke er fysisk krævende.«

13. § 4 bestemmer:

»1) Kvindelige arbejdstagere må ikke beskæftiges med arbejde, hvor de udsættes for en særlig fysisk belastning ved at skulle løfte, bære, skubbe, vende eller foretage anden flytning af ting, der medfører en fysisk belastning, som kan være til skade for dem.

2) Ved vurderingen af arbejde i henhold til stk. 1 hvad angår de fysiske krav og belastningen er de afgørende faktorer navnlig vægten, karakteren af den pågældende byrde

6 — BGBl II nr. 356/2001

og dens form, transportmåden og -hastigheden, arbejdets varighed og hyppighed samt de kvindelige arbejdstageres ydeevne.

3) Stk. 1 gælder ikke for arbejde, hvormed de kvindelige arbejdstagere kun er kortvarigt beskæftiget eller beskæftiget på en sådan måde, at det ikke bringer deres liv og helbred i fare.«

14. § 8 i Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (lov om arbejde under overtryk og dykkerarbejde) af 25. juli 1973 [7] (herefter »loven fra 1973«) indeholder følgende bestemmelser af relevans for sagen:

»1) Arbejde under overtryk må kun udføres af mandlige arbejdstagere som er fyldt 21 år, og som er helbredsmæssigt egnet hertil.

2) [...] Også kvindelige arbejdstagere, som er fyldt 21 år, kan, såfremt de er helbredsmæssigt egnet hertil, jf. stk. 1, beskæftiges som opsynspersonale eller udføre andet arbejde under overtryk, der ikke medfører en større fysisk belastning af dem.«

15. § 31 indeholder følgende bestemmelser af relevans for sagen:

»Som dykkere må kun beskæftiges mandlige arbejdstagere, som er fyldt 21 år, som er helbredsmæssigt egnet til dette arbejde, og som har de fagkundskaber og den erhvervserfaring, som er nødvendig af hensyn til arbejdstagerens beskyttelse.«

Den administrative procedure

16. Ved skrivelse af 29. september 1998 anmodede Kommissionen de østrigske myndigheder om detaljerede oplysninger vedrørende forbuddet mod at beskæftige kvinder i visse funktioner i mineindustrien og i funktioner, som indebærer arbejde under overtryk.

7 — BGBl nr. 501/1973.

17. Republikken Østrig efterkom denne anmodning ved skrivelse af 2. marts 1999. Den tilsendte Kommissionen de relevante bestemmelser i loven fra 1938 og i loven fra 1973, henviste til undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 3, og erklærede udtrykkeligt, at man ikke påtænkte at ændre reglerne om beskæftigelse af kvinder i mineindustrien.

18. Da Kommissionen fandt, at beskæftigelsesforbuddene for kvinder i loven fra 1938 og loven fra 1973 var uforenelige med direktivet, tilsendte den Republikken Østrig en åbningsskrivelse den 29. april 1999.

19. I sit svar af 2. juli 1999 henviste Republikken Østrig til sin tidligere skrivelse. Den tilføjede, at § 16 i loven fra 1938 ikke omfattede alt arbejde i minerne, og at minemyndighederne i øvrigt havde godkendt, at der blev indført en række undtagelser fra denne lov. Endvidere erklærede den østrigske regering, at den påtænkte at foretage en revision af lovgivningen om sikkerheden og sundheden ved arbejde inden for mineindustrien, som også omfattede de to nævnte bestemmelser.

20. Kommissionen var ikke tilfreds med dette svar og tilsendte Republikken Østrig en begrundet udtalelse den 7. februar 2002. Republikken Østrig besvarede denne den 11. april 2002 og forklarede, at dens lovgivning vedrørende forbuddet mod at beskæftige kvinder inden for mineindustrien var blevet ændret ved loven fra 2001.

21. Da Kommissionen fandt, at beskæftigelsesforbuddene for kvinder i loven fra 1973 og loven fra 2001 var i strid med fællesskabsretten, anlagde den nærværende sag, hvori den har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser ifølge direktivets artikel 2 og 3 samt artikel 10 EF, sammenholdt med artikel 249 EF.

Formaliteten

22. Republikken Østrig har gjort gældende, at sagen må afvises, i det omfang den vedrører forbuddet mod at beskæftige kvinder i den underjordiske mineindustri. Den anfører, at Kommissionens begrundede udtalelse og søgsmålet ifølge fast praksis [8] skal være baseret på de samme klagepunkter, og at det kun er i tilfælde, hvor de foranstaltninger, som er blevet anfægtet under den administrative procedure, som helhed er

8 — Dom af 17.11.1992, sag C-105/91, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 5871, og af 10.9.1996, sag C-11/95, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4115.

blevet opretholdt, at de ændringer i den nationale lovgivning, som er gennemført i tidsrummet mellem fremsættelsen af den begrundede udtalelse og søgsmålet ved Domstolen, ikke hindrer en realitetsbehandling af sagen. Dette er ikke tilfældet i denne sag, da foranstaltningerne ikke er blevet opretholdt i deres helhed.

23. Det er rigtigt, at genstanden for en sag anlagt i medfør af artikel 226 EF afgrænses af den administrative procedure, der er foreskrevet i denne bestemmelse, og at de klagepunkter, der er fremført i Kommissionens begrundede udtalelse og i stævningen ved Domstolen, følgelig skal være de samme [9].

24. Domstolen har dog udtrykkeligt fastslået, at dette krav ikke bør være så vidtgående, at der altid skal være fuldstændigt sammenfald mellem de nationale retsforskrifter, som er nævnt i den begrundede udtalelse og i stævningen. Hvis der er gennemført ændringer i lovgivningen i tidsrummet mellem disse to faser af proceduren, er det tilstrækkeligt, at den ordning, der er indført gennem den lovgivning, som er påtalt under den administrative procedure, som helhed er blevet opretholdt ved de nye bestemmelser, som medlemsstaten har udstedt efter fremsendelsen af den begrundede udtalelse, og som anfægtes i stævningen [10].

25. Ændringerne i den østrigske lovgivning indebærer ikke, at forbuddet mod at beskæftige kvinder i den underjordiske mineindustri er blevet væsentligt ændret. Loven fra 1938 indebar en forskelsbehandling for flere typer af arbejde, hvilket medførte et vidtgående forbud mod at beskæftige kvinder i mineindustrien, hvorimod loven fra 2001 fastsatte et enkelt, generelt forbud og et begrænset antal undtagelser, som vedrørte meget specifikke former for arbejde såsom praktiktjeneste inden for mineindustrien. Følgelig er den ordning, der er blevet indført ved den lovgivning, som er påtalt under den administrative procedure, som helhed blevet opretholdt ved de nye bestemmelser, Republikken Østrig vedtog.

26. Endvidere har Domstolen fremhævet, at det ikke er nødvendigt, at der er fuldstændig overensstemmelse mellem den begrundede udtalelse og påstandene i stævningen, når sagsgenstanden ikke er blevet udvidet eller ændret, men tværtimod blot blevet begrænset [11]. I den foreliggende sag har Republikken Østrig til sit forsvar gjort gældende, at loven fra 2001 ikke længere indeholder et absolut forbud mod at beskæftige kvinder i miner, men kun opretholder visse specifikke forbud mod og begrænsninger i en sådan beskæftigelse. I det omfang, lovgivningen er blevet

9 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, nævnt i fodnote 8, præmis 73.

10 — Samme dom, præmis 74, og den deri nævnte retspraksis.

11 — Dom af 11.7.2002, sag C-139/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6407, præmis 19.

ændret, er virkningen heraf derfor blot, at genstanden for Kommissionens søgsmål er blevet begrænset.

27. Endelig skal jeg tilføje, at det fremgår forudsætningsvist af det argument, Republikken Østrig har fremført med støtte i artikel 307 EF [12], at loven fra 2001 i det væsentlige indebærer en genindførelse af loven fra 1938.

28. Af de anførte betragtninger er formalitetsindsigelsen efter min opfattelse ubegrundet.

Forbuddet mod at beskæftige kvinder i den underjordiske mineindustri

Direktivet

29. Kommissionen har gjort gældende, at forbuddet i § 2 i loven fra 2001 mod at beskæftige kvinder i den underjordiske mineindustri er i strid med direktivet, hvis artikel 3, stk. 1, forbyder forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår betingelserne for adgangen til beskæftigelse. Kommissionen tilføjer, at Republikken Østrig selv stiltiende har erkendt, at forbuddet er uforholdsmæssigt, da det inden for alle andre sektorer er fastsat i § 4 i loven fra 2001, at der skal foretages en konkret bedømmelse i hvert enkelt tilfælde af, om der bør gives kvinder tilladelse til at påtage sig fysisk krævende arbejde.

30. Det er ubestridt, at de i sagen omtvistede lovforskrifter behandler mænd og kvinder forskelligt hvad angår beskæftigelsen inden for mineindustrien. Spørgsmålet er, om en sådan forskelsbehandling er lovlig, som det hævdes af Republikken Østrig, fordi den falder ind under undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 3.

31. Republikken Østrig anfører navnlig, at det er uomtvisteligt, at kvinder som hovedregel og ud fra et biologisk synspunkt ikke har samme kropsbygning som mænd, men er fysisk svagere. Krævende fysisk arbejde i den underjordiske mineindustri er derfor fysisk mere belastende for kvinder og udsætter dem for en større sundhedsrisiko end mænd. Ifølge Republikken Østrig gælder det anførte

12 — Jf. nedenfor punkt 39 ff.

ikke for natarbejde, som udsætter mænd og kvinder for samme fysiske belastning. Følgelig kan de af Domstolen afsagte domme, som Kommissionen har påberåbt sig, og hvorefter forbuddet mod natarbejde for kvinder strider mod direktivet, ikke anvendes analogt [13].

32. Heraf konkluderer Republikken Østrig, at det ifølge direktivets artikel 2, stk. 3, er berettiget at opretholde forbuddet mod at beskæftige kvinder i mineindustrien, da forbuddet efter Republikken Østrigs opfattelse har til formål at beskytte kvinder.

33. Efter min opfattelse har nævnte direktivbestemmelse, som det fremgår klart af Domstolens praksis, til formål at tilgodese behov, som er specielle for kvinder, og som det derfor kan være berettiget at beskytte i visse situationer. Domstolen har navnlig fastslået, at direktivet giver medlemsstaterne ret til at opretholde eller indføre bestemmelser til beskyttelse af kvinder i forbindelse med »graviditet og moderskab« og herved anerkender, at det ifølge ligebehandlingsprincippet er berettiget at beskytte kvinder i to henseender. For det første er det berettiget at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende. For det andet er det berettiget at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udøver sit erhvervsarbejde og derved udsættes for en dobbelt belastning [14].

34. Artikel 2, stk. 3, giver derfor ikke hjemmel til at udelukke kvinder fra en beskæftigelse alene med den begrundelse, at de skal sikres en videre beskyttelse end mænd mod risici, som berører mænd og kvinder på samme måde, og som ikke har sammenhæng med de særlige beskyttelsesbehov for kvinder såsom de udtrykkeligt nævnte [15].

35. Det kan i den forbindelse bemærkes, at Domstolen, selv om der anvendes ordet »særlig« i artikel 2, stk. 3, ikke har accepteret, at undtagelsen kan anvendes til beskyttelse af andre hensyn end forhold, der har sammenhæng med graviditet og moderskab. Selv om ordet »særlig« antyder, at andre forhold end

13 — Dom af 25.7.1991, sag C-345/89, Stoeckel, Sml. I, s. 4047, af 2.8.1993, sag C-158/91, Levy, Sml. I, s. 4287, og af 13.3.1997, sag C-197/96, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 1489.

14 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25.

15 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 44, og af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 30.

graviditet og moderskab kan være omfattet af undtagelsen, præger disse udtryk undtagelsens rækkevidde [16].

36. Den type af situationer, som er omhandlet i artikel 2, stk. 3, adskiller sig derfor klart fra de situationer, der er omhandlet i den østrigske lovgivning, hvorefter alle kvinder er udelukket fra sådant arbejde uanset deres fysiske tilstand og kondition.

37. Efter min opfattelse er det uden betydning, at den østrigske lovgivning, som det er fremhævet af den østrigske regering, indeholder undtagelser fra det generelle forbud. Domstolen har udtrykkeligt fastslået, at det ikke efter ligebehandlingsprincippet er lovligt generelt at udelukke kvinder fra en vis beskæftigelse, selv om der findes undtagelser fra et sådant forbud, når beskæftigelsen ikke er forbudt for mænd [17]. Under alle omstændigheder har undtagelserne i den østrigske lovgivning et yderst begrænset anvendelsesområde.

38. Følgelig må jeg konkludere, at forbuddet mod at beskæftige kvinder i underjordiske miner ikke er omfattet af undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 3.

ILO- konventionen

39. Republikken Østrig har gjort gældende, at begrænsningerne i beskæftigelsen af kvinder er begrundet i dets folkeretlige forpligtelser i henhold til ILO's konvention nr. 45, som stadig er bindende for Republikken Østrig som følge af artikel 307 EF, da den blev indgået inden Republikken Østrigs tiltrædelse af Det Europæiske Fællesskab.

40. Artikel 307 stk. 1, EF, bestemmer, at de rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som er indgået inden traktatens ikrafttræden mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, ikke berøres af traktatens bestemmelser. Artikel 307 EF har et generelt sigte og gælder for enhver folkeretlig aftale uanset dens formål, når aftalen kan have virkning for traktatens anvendelse [18].

41. Republikken Østrig anfører, at medlemsstaterne som følge af denne bestemmelse, som den fortolkes af Domstolen [19], ikke er forpligtet til at anvende fællesskabsretten, når anvendelsen heraf er uforenelig med deres forpligtelser som følge af en internati-

16 — Jf. generaladvokat Sir Gordon Slynns forslag til afgørelse af 29.9.1988 i sagen Kommissionen mod Frankrig, dom af 25.10.1988, sag 312/86, Sml. s. 6315.

17 — Stoeckel-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 19.

18 — Dom af 14.10.1980, sag 812/79, Burgoa, Sml. s. 2787, præmis 6, og af 4.7.2000, sag C-84/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 5215, præmis 52.

19 — Levy-dommen, nævnt i fodnote 13.

onal traktat eller aftale, der er indgået med tredjelande, inden de tiltrådte Det Europæiske Fællesskab. Til støtte for sit argument om, at beskæftigelsesforbuddet for kvinder er lovligt ifølge artikel 307 EF, påberåber Republikken Østrig sig navnlig Domstolens domme i Levy-sagen [20] og Minne-sagen [21].

42. De nævnte sager drejede sig om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet udelukkede en medlemsstat fra at forbyde natarbejde for kvinder, når en anden ILO-konvention, som var indgået inden traktatens ikrafttrædelse, påbød fastsættelsen af et sådant forbud. Domstolen fastslog i det væsentlige, at selv om et sådant forbud var i strid med ligebehandlingsprincippet, kunne direktivet ikke finde anvendelse i det omfang, de nationale bestemmelser var vedtaget for at sikre, at medlemsstaten opfyldte sine forpligtelser i henhold til en konvention, der faldt ind under artikel 307 EF's anvendelsesområde.

43. Kommissionen har imidlertid henvist til artikel 307, stk. 2, EF, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne eventuelle uoverensstemmelser mellem den pågældende aftale og traktaten, og gjort gældende, at Republikken Østrig som følge heraf skulle have opsagt konventionen den 30. maj 1997 i overensstemmelse med dennes artikel 7 [22].

44. Både Levy-sagen og Minne-sagen vedrørte et præjudicielt spørgsmål. I ingen af sagerne anmodede den nationale ret, som havde forelagt spørgsmålet, Domstolen om vejledning vedrørende virkningen af artikel 307, stk. 2, EF. Heller ingen af procesdeltagerne rejste dette spørgsmål, selv om Domstolen i Minne-sagen bemærkede, at den pågældende medlemsstat (Belgien) rent faktisk havde opsagt den pågældende konvention [23].

45. I den foreliggende sag anmodes Domstolen derimod om at fastslå, at Republikken Østrig har tilsidesat fællesskabsretten. Jeg har allerede tidligere givet udtryk for, at jeg mener, loven fra 2001 er i strid med direktivet. For at kunne afgøre, om Republikken Østrig, som den hævder, kan påberåbe sig artikel 307 EF til støtte for sin lovgivning, er det nødvendigt at afgøre, om Republikken Østrig i overensstemmelse med denne traktatbestemmelses stk. 2 har bragt alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne uoverensstemmelser mellem sin lovgivning og sine forpligtelser ifølge fællesskabsretten. I den foreliggende sag er dette

20 — Nævnt i fodnote 13.
21 — Dom af 3.2.1994, sag C-13/93, Sml. I, s. 371.
22 — Jf. punkt 8 ovenfor.
23 — Jf. dommens præmis 15.

spørgsmål desuden blevet rejst af parterne. Hvis Domstolen kommer til den opfattelse, at Republikken Østrig kunne have fjernet uoverensstemmelsen mellem de nationale bestemmelser og de pågældende fællesskabsretlige bestemmelser, men har undladt dette, er Republikken Østrig afskåret fra at påberåbe sig artikel 307 EF.

46. I dommen i sagen Kommissionen mod Portugal [24] behandlede Domstolen udtrykkeligt det problem, som opstår for en medlemsstat, hvis dens folkeretlige og fællesskabsretlige forpligtelser er i indbyrdes modstrid. I denne sag fandt Domstolen, at selv om medlemsstaterne inden for rammerne af artikel 307 EF kan vælge, hvilke egnede midler der skal anvendes, er de stadig forpligtet til at fjerne uoverensstemmelser mellem en konvention, de har indgået inden tiltrædelsen, og traktaten. Støder en medlemsstat på problemer, som gør det umuligt at ændre en aftale, kan det derfor ikke udelukkes, at den må opsige aftalen [25]. Domstolen konkluderede, at Portugal havde tilsidesat sine forpligtelser ifølge en fællesskabsforordning, da den hverken havde opsagt eller tilpasset den i sagen omhandlede aftale med et tredjeland, som var i strid med den pågældende fællesskabsforordning [26].

47. Artikel 307, stk. 2, EF omfatter således også, som det fremgår af dens ordlyd, situationer, hvor en konvention kan genforhandles af de kontraherende parter eller opsiges ensidigt i overensstemmelse med konventionens bestemmelser. Hvad angår den foreliggende sag kan jeg nævne, at 13 kontraherende parter, herunder seks medlemsstater [27], allerede har opsagt ILO's konvention nr. 45. Flertallet af de parter, som har opsagt konventionen, har som begrundelse for opsigelsen angivet, at konventionen er uforenelig med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. Endvidere opfordrede ILO's styrelsesråd de stater, som er parter i ILO's konvention nr. 45, til at overveje at ratificere ILO's konvention nr. 176 fra 1995 om sikkerhed og sundhed i miner, som det beskrev som »den opdaterede standard på dette område, [som] i praksis omfatter anvendelsesområdet for konvention nr. 45«, og eventuelt opsige konvention nr. 45 [28]. Konvention nr. 176 gælder såvel for mænd som kvinder.

48. Følgelig kan Republikken Østrig ikke under de i denne sag foreliggende omstændigheder — hvor Republikken Østrig havde

24 — Nævnt i fodnote 18.

25 — Dommens præmis 58.

26 — Dommens præmis 61.

27 — Finland, Irland, Luxembourg, Nederlandene, Sverige og Det Forenede Kongerige.

28 — Jf. rapporter fra ILO's styrelsesråd til den 267. session (november 1996), GB.267/LILS/WP/PRS/2, den 268. session (marts 1997), GB.268/LILS/WP/PRS/2, den 270. session (november 1997), GB.207/15, og den 274. session (marts 1999), GB.274/LILS/WP/PRS/1 (som findes på ILO's websted www.ilo.org).

mulighed for lovligt at opsige ILO's konvention nr. 45 i året efter den 30. maj 1997 [29] og derved hvad angår adgangen til beskæftigelse i den underjordiske mineindustri sikre ligebehandling af mænd og kvinder i overensstemmelse med direktivet — påberåbe sig artikel 307, stk. 1, EF til støtte for at opretholde en national lovgivning, som er uforenelig med direktivet.

49. Republikken Østrig har imidlertid gjort gældende, at den ikke på det tidspunkt, da det var muligt at opsige ILO's konvention nr. 45, kunne vide, at dens lovgivning var i strid med fællesskabsretten, eller at Kommissionen anså de omtvistede bestemmelser for at være i strid med fællesskabsretten, da Kommissionens første meddelelse herom først blev fremsendt i september 1998.

50. Dette argument kan ikke godtages. Som nævnt ovenfor [30] trådte direktivet for Republikken Østrigs vedkommende i kraft den 1. januar 1994, da EØS-aftalen trådte i kraft, og Republikken Østrig var ifølge fællesskabsretten forpligtet til at gennemføre direktivet inden den 1. januar 1995. Ifølge direktivets artikel 3, stk. 2, var Republikken Østrig således forpligtet til ved næstgivne lejlighed at ophæve alle retsforskrifter, som var i strid med ligebehandlingsprincippet, og tidspunktet for en eventuel meddelelse herom fra Kommissionen er uden betydning herfor.

51. Følgelig kan Republikken Østrig ikke under denne sag påberåbe sig ILO's konvention nr. 45 til støtte for ikke at efterkomme sine forpligtelser efter direktivet.

Forbuddet mod at beskæftige kvinder i funktioner, som indebærer arbejde under overtryk og dykkerarbejde

52. Kommissionen har gjort gældende, at forbuddet i §§ 8 og 31 i loven fra 1973 mod at beskæftige kvinder i funktioner, som indebærer arbejde under overtryk og dykkerarbejde, strider mod fællesskabsretten.

53. Heroverfor anfører Republikken Østrig, at forbuddet er i overensstemmelse med direktivets krav og navnlig, at det er berettiget af samme grunde som forbuddet mod

29 — Jf. konventionens artikel 7, som er omtalt ovenfor i punkt 8.
30 — Jf. forslagets punkt 4.

arbejde i miner, nemlig under hensyn til, at arbejdet er fysisk krævende i kombination med, at kvinder generelt er fysisk svagere udrustet, såsom at de har en ringere lungekapacitet.

54. Ganske vist kan det arbejde, som den østrigske lovgivning vedrører, såsom minearbejde, medføre en fysisk belastning for den person, som udfører det. Da Republikken Østrig imidlertid ikke har godtgjort, at et sådant arbejde er forbundet med risici, som rammer mænd og kvinder forskelligt, eller med risici, som er særlige for kvinder, og som det er nødvendigt at yde dem en særlig beskyttelse imod i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 2, stk. 3, berettiger denne omstændighed ikke til at udelukke alle kvinder fra sådant arbejde [31].

55. Den omstændighed, at der er fastsat to begrænsede undtagelser fra forbuddet mod at beskæftige kvinder med arbejde under overtryk (i modsætning til det generelle forbud for kvinder mod at påtage sig dykkerarbejde, som der ikke er fastsat nogen undtagelse fra), gør det ikke foreneligt med direktivet. For det første har Domstolen udtrykkeligt fastslået, at det ikke ifølge ligebehandlingsprincippet er lovligt generelt at udelukke kvinder fra en vis beskæftigelse, selv om der findes undtagelser fra et sådant forbud, når beskæftigelsen ikke er forbudt for mænd [32]. For det andet er det under alle omstændigheder klart, at undtagelserne ikke er objektivt begrundet i henhold til artikel 2, stk. 3, fordi de kun tillader kvinder at påtage sig opsynsfunktioner eller arbejde under overtryk, som ikke indebærer for store fysiske belastninger for dem. De er derfor ikke omfattet af den kategori af undtagelser, som skyldes graviditet og moderskab som omhandlet i artikel 2, stk. 3.

56. Jeg er følgelig af den opfattelse, at forbuddet mod at beskæftige kvinder i funktioner, som indebærer arbejde under overtryk og dykkerarbejde, er uforeneligt med direktivet.

31 — Jf. betragtningerne ovenfor i punkt 33-36.

32 — Stoeckel-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 19.

Forslag til afgørelse

57. Jeg skal følgelig foreslå Domstolen at fastslå:

1) at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser ifølge artikel 2 og 3 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, idet den har opretholdt §§ 8 og 31 i lov om arbejde under overtryk og dykkerarbejde fra 1973, og idet den har indført §§ 2 og 4 i den af forbundsministeren for økonomi og beskæftigelse udstedte lov om beskæftigelsesforbud og -begrænsninger for kvindelige arbejdstagere af 4. oktober 2001

2) at Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.