CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
F. G. JACOBS
van 8 juli 2004 [1]

1. In het onderhavige, krachtens artikel 226 EG ingestelde beroep stelt de Commissie dat de Oostenrijkse regelgeving, die verbiedt om vrouwen tewerk te stellen op bepaalde plaatsen in de mijnbouw en op plaatsen waar met perslucht wordt gewerkt, alsmede om hen duikwerkzaamheden te laten verrichten, onverenigbaar is met de artikelen 2 en 3 van de richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen [2] (hierna: „richtlijn").

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsrecht

2. Artikel 2 van de richtlijn bepaalt, voorzover relevant:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.

2. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

[...]"

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40).

3. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt, voorzover relevant:

„1. De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak, en tot alle niveaus van de beroepshiërarchie.

2. Te dien einde nemen de lidstaten de nodige maatregelen om te bereiken dat:

a) de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken;

[...]"

4. Ingevolge het gemeenschapsrecht was Oostenrijk verplicht de richtlijn tegen 1 januari 1995, de dag waarop het toetrad tot de Europese Gemeenschap, om te zetten. Krachtens de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte [3] was het echter gehouden de richtlijn al om te zetten tegen 1 januari 1994, de dag waarop deze Overeenkomst in werking trad.

5. Voorzover relevant bepaalt artikel 307 EG:

„De rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór 1 januari 1958 of, voor de toetredende staten, vóór de datum van hun toetreding gesloten tussen een of meer lidstaten enerzijds en een of meer derde staten anderzijds, worden door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast.

Voorzover deze overeenkomsten niet verenigbaar zijn met dit Verdrag maakt de betrokken lidstaat of maken de betrokken lidstaten gebruik van alle passende middelen om de vastgestelde onverenigbaarheid op te heffen. [...]"

3 — De Overeenkomst is opgenomen in de bijlage bij besluit 94/1/EG, EGKS van de Raad en de Commissie van 13 december 1993 (PB 1994, L 1, blz. 3). Zie met name artikel 70 en punt 18 van bijlage XVIII.

Internationaal recht

6. Artikel 2 van verdrag nr. 45 van de Internationale Arbeidsorganisatie van 21 juni 1935 betreffende de arbeid van vrouwen bij ondergrondse werken in alle soorten mijnen (hierna: „IAO-verdrag nr. 45") bepaalt:

„Een persoon van het vrouwelijk geslacht, ongeacht haar leeftijd, kan niet bij de ondergrondse werkzaamheden in de mijnen tewerkgesteld worden."

7. Artikel 3 bepaalt:

„De nationale wetgeving zal van het bovengenoemde verbod kunnen uitzonderen:

a) de personen die een betrekking van bestuur bekleden en geen handenarbeid verrichten;

b) de personen, werkzaam bij gezondheidsdiensten en bij sociale diensten;

c) de personen die in de loop van hun studie voor hun vakopleiding een tijd doorbrengen in de ondergrondse delen van een mijn;

d) alle andere personen die bij gelegenheid [...] in de ondergrondse delen van een mijn moeten afdalen voor de uitoefening van een beroep, dat niet het karakter van handenarbeid draagt."

8. Artikel 7 bepaalt:

„1. Ieder lid dat dit verdrag heeft bekrachtigd, kan het opzeggen na verloop van een termijn van tien jaren na de datum waarop dit verdrag van kracht begint te worden, zulks bij een verklaring toegezonden aan de Secretaris-Generaal van de Volkenbond en door deze in te schrijven. De opzegging wordt eerst van kracht een jaar nadat zij door het Secretariaat is ingeschreven.

2. Ieder lid dat dit verdrag heeft bekrachtigd, dat binnen de termijn van een jaar na verloop van de termijn van tien jaar, bedoeld in het

vorige lid, geen gebruik maakt van de bevoegdheid tot opzegging voorzien in dit artikel, zal voor een nieuwe termijn van tien jaren gebonden zijn en zal in het vervolg dit verdrag kunnen opzeggen, na verloop van elke termijn van tien jaren onder de voorwaarde[n] bedoeld in dit artikel."

9. IAO-verdrag nr. 45 is op 30 mei 1937 van kracht geworden; het had dus in het jaar dat volgt op 30 mei 1997 kunnen worden opgezegd. Oostenrijk is een verdragsluitende partij en heeft dit verdrag in 1937 geratificeerd.

Nationaal recht

10. § 16 van de Arbeitszeitordnung (besluit betreffende de arbeidstijd) van 30 april 1938 [4] (hierna: „besluit van 1938"), die volgens de Commissie tot 31 juli 2001 van kracht was, maar volgens de Oostenrijkse regering door een wet van 19 augustus 1999 [5] werd ingetrokken, luidde als volgt:

„1) Arbeiders van het vrouwelijk geslacht mogen niet ondergronds in steenkolenmijnen, zoutmijnen, in verwerkingsfabrieken en in ondergrondse steengroeven worden tewerkgesteld, en ook niet bovengronds bij de productie, tenzij bij de voorbehandeling (sorteren en wassen), bij het vervoer en bij het laden.

2) Arbeiders van het vrouwelijk geslacht mogen voorts niet worden tewerkgesteld in cokesfabrieken en evenmin bij het vervoer van grondstoffen en ruw materiaal, ongeacht het soort constructie.

3) De Reichsarbeitsminister kan de tewerkstelling van vrouwelijke arbeiders voor bepaalde soorten bedrijven of werkzaamheden, waarbij zich bijzondere gevaren voor de gezondheid en de moraliteit voordoen, volledig verbieden of hij kan daaraan voorwaarden verbinden."

11. Sinds 1 augustus 2001 is op het werk van vrouwen in de ondergrondse mijnbouw de Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen (besluit van de bondsminister van Economische Zaken en Arbeid met betrek-

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

5 — Bundesgesetz zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen (Bondswet tot intrekking van de vóór 1946 uitgevaardigde bondswetten en verordeningen), BGBl. I, 1991/191.

king tot arbeidsverboden en -beperkingen voor werkneemsters) van 4 oktober 2001 [6] (hierna: „besluit van 2001") van toepassing.

12. § 2 van het besluit van 2001 bepaalt:

„1) Werkneemsters mogen niet worden tewerkgesteld in de ondergrondse mijnbouw.

2) Lid 1 is niet van toepassing op

1. werkneemsters die een verantwoordelijkheidsfunctie van bestuurlijke of technische aard bekleden, en die geen zware lichamelijke arbeid verrichten;

2. werkneemsters die een werkzaamheid uitoefenen bij een sociale of gezondheidsdienst;

3. werkneemsters die in het kader van hun studie of van een vergelijkbare opleiding een vakopleiding moeten volgen, voor de duur van die opleiding;

4. werkneemsters die slechts af en toe, in het kader van een werkzaamheid die geen zware lichamelijke arbeid vereist, in de ondergrondse mijnbouw werkzaam zijn."

13. § 4 bepaalt:

„1) Werkneemsters mogen geen werkzaamheden worden opgedragen waarbij zij lichamelijk bijzonder worden belast door heffen, dragen, duwen, draaien of ieder ander verplaatsen van lasten waarbij hun organisme bovenmatig wordt belast.

2) Bij de beoordeling van de in lid 1 bedoelde werkzaamheden moet rekening worden gehouden met de voor de belasting relevante factoren, te weten met name het

6 — BGBl. II, 2001/356.

gewicht, het soort en de vorm van de last, de wijze en de snelheid van het vervoer, de duur en de frequentie van de werkzaamheden, alsmede het prestatievermogen van de werkneemsters.

3) Lid 1 geldt niet voor werkzaamheden die aan de werkneemsters slechts voor korte tijd worden opgedragen of in omstandigheden waarin niet mag worden verwacht dat zij een gevaar voor hun leven en gezondheid opleveren."

14. § 8 van de Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (besluit inzake werkzaamheden met perslucht en duikwerkzaamheden) van 25 juli 1973 [7] (hierna: „besluit van 1973") bepaalt, voorzover relevant:

„1) Arbeid met perslucht mag uitsluitend aan mannelijke werknemers van 21 jaar of ouder die uit medisch oogpunt daarvoor geschikt zijn, worden opgedragen [...]

2) [...] Voorzover aan de in lid 1 bedoelde medische vereisten is voldaan mogen ook vrouwelijke werknemers van 21 jaar of ouder als toezichtpersoneel werkzaam zijn of andere werkzaamheden met perslucht verrichten mits deze geen hogere lichamelijke belasting meebrengen [...]"

15. Voorzover relevant, bepaalt artikel 31:

„Uitsluitend mannelijke werknemers van 21 jaar of ouder die aan de medische vereisten voor deze werkzaamheden voldoen en de voor de bescherming van de werknemer vereiste noodzakelijke vakkennis en beroepservaring bezitten, mogen met duikwerkzaamheden worden belast [...]"

De procedure

16. Bij brief van 29 september 1998 heeft de Commissie de Oostenrijkse autoriteiten verzocht gedetailleerde inlichtingen te verschaffen over het verbod om vrouwen tewerk te stellen op bepaalde plaatsen in de mijnbouw en om hen werkzaamheden met perslucht te laten verrichten.

7 — BGBl. 1973/501.

17. Oostenrijk heeft aan dit verzoek bij brief van 2 maart 1999 gevolg gegeven. Het heeft de Commissie de relevante bepalingen van het besluit van 1938 en van het besluit van 1973 meegedeeld, heeft de uitzondering van artikel 2, lid 3, van de richtlijn vermeld en heeft uitdrukkelijk verklaard dat het niet de bedoeling had de regels die op werkneemsters in de mijnen van toepassing zijn te wijzigen.

18. Van oordeel dat de verboden van de besluiten van 1938 en 1973 om vrouwen tewerk te stellen met de richtlijn onverenigbaar waren, heeft de Commissie Oostenrijk op 29 april 1999 een aanmaningsbrief gezonden.

19. In zijn antwoord van 2 juli 1999 heeft Oostenrijk naar zijn vorige brief verwezen. Het heeft daaraan toegevoegd dat artikel 16 van het besluit van 1938 niet op alle werkzaamheden in de mijnen van toepassing was en dat de autoriteit voor het mijnwezen daarenboven verscheidene uitzonderingen op dit besluit had aanvaard. Oostenrijk heeft eveneens verklaard dat het van plan was de regelgeving inzake gezondheid en veiligheid op het werk in de mijnsector, met inbegrip van beide desbetreffende bepalingen, aan een onderzoek te onderwerpen.

20. Ontevreden over dit antwoord, heeft de Commissie op 7 februari 2002 Oostenrijk een met redenen omkleed advies gezonden. Oostenrijk heeft op 11 april 2002 geantwoord en uitgelegd dat zijn regelgeving die de tewerkstelling van vrouwen in de mijnbouw verbood, door het besluit van 2001 was gewijzigd.

21. Van oordeel dat de verboden van de besluiten van 1973 en van 2001 om vrouwen tewerk te stellen in strijd zijn met het gemeenschapsrecht heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld, strekkende tot vaststelling dat de Republiek Oostenrijk de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 3 van de richtlijn en artikel 10 EG juncto artikel 249 EG.

Ontvankelijkheid

22. Oostenrijk stelt dat het beroep niet-ontvankelijk is voorzover het is gericht tegen het verbod om vrouwen in de ondergrondse mijnbouw tewerk te stellen. Het betoogt dat volgens vaste rechtspraak [8] het met redenen omkleed advies van de Commissie en het beroep voor het Hof op dezelfde grieven moeten berusten. Enkel indien de in de loop van de precontentieuze fase aangevochten maatregelen in hun geheel zijn gehandhaafd,

8 — Arresten van 17 november 1992, Commissie/Griekenland (C-105/91, Jurispr. blz. I-5871), en 10 september 1996, Commissie/België (C-11/95, Jurispr. blz. I-4115).

vormen de wijzigingen in de nationale regelgeving die tussen het zenden van het met redenen omkleed advies en het instellen van het beroep hebben plaatsgevonden, geen beletsel voor de ontvankelijkheid van het beroep. Zulks is in casu niet het geval omdat deze maatregelen niet in hun geheel zijn gehandhaafd.

23. Het staat buiten kijf dat het voorwerp van een beroep krachtens artikel 226 EG door de in dit artikel bedoelde precontentieuze procedure wordt afgebakend en dat bijgevolg het met redenen omkleed advies en het door de Commissie ingediende beroep op dezelfde grieven moeten berusten. [9]

24. Het Hof heeft echter uitdrukkelijk verklaard dat dit vereiste niet zo ver kan gaan dat de nationale bepalingen die in het met redenen omkleed advies worden genoemd steeds volkomen met die in het verzoekschrift moeten overeenstemmen. Wanneer tussen deze twee fasen van de procedure een wetswijziging heeft plaatsgevonden, is het immers voldoende dat het stelsel dat bij de in de administratieve procedure gewraakte wetgeving was ingevoerd, in zijn geheel bezien in stand is gelaten door de nieuwe wettelijke maatregelen die de betrokken lidstaat na het uitbrengen van het met redenen omkleed advies heeft ingevoerd en waartegen het beroep is gericht. [10]

25. De in de Oostenrijkse regelgeving aangebrachte veranderingen hebben geen wijziging van betekenis teweeggebracht in het verbod om vrouwen in de ondergrondse mijnbouw tewerk te stellen. Het besluit van 1938 heeft een verschil in behandeling ten aanzien van verschillende soorten werkzaamheden in het leven geroepen dat neerkwam op een ruim verbod om vrouwen in de mijnbouw tewerk te stellen, terwijl het besluit van 2001 heeft voorzien in één algemeen verbod met een beperkt aantal uitzonderingen, die op zeer specifieke werkzaamheden betrekking hebben, zoals werkervaring in de mijnbouw. Hieruit volgt dat de regeling die bij de in de administratieve procedure bestreden wetgeving is ingevoerd, in zijn geheel bezien door de nieuwe wettelijke maatregelen van Oostenrijk in stand is gehouden.

26. Bovendien heeft het Hof erop gewezen dat het dispositief van het met redenen omkleed advies en het voorwerp van het geschil niet volkomen gelijkluidend hoeven te zijn indien het voorwerp van het geschil niet is verruimd of gewijzigd maar alleen is beperkt. [11] In de onderhavige zaak heeft Oostenrijk in zijn verweer ten gronde gesteld dat het besluit van 2001 niet meer voorziet in een absoluut verbod van tewerkstelling van vrouwen in de mijnen, maar enkel bepaalde verboden en restricties voor dergelijke werkzaamheden in stand houdt. Het lijkt er dus

9 — Punt 73 van het arrest Commissie/België, aangehaald in voetnoot 8.

10 — Punt 74 van het arrest Commissie/België, aangehaald in voetnoot 8, alsmede de aldaar aangehaalde rechtspraak.

11 — Arrest van 11 juli 2002, Commissie/Spanje (C-139/00, Jurispr. blz. I-6407, punt 19).

op dat, voorzover de wetgeving is gewijzigd, het voorwerp van het beroep van de Commissie daardoor alleen maar is beperkt.

27. Ten slotte voeg ik hier nog aan toe dat het op artikel 307 EG [12] gebaseerde argument van Oostenrijk impliceert dat het besluit van 2001 in wezen de bepalingen van het besluit van 1938 overneemt.

28. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid ongegrond is.

Het verbod om vrouwen tewerk te stellen in de ondergrondse mijnbouw

De richtlijn

29. De Commissie stelt dat het in § 2 van het besluit van 2001 opgenomen verbod om vrouwen tewerk te stellen in de ondergrondse mijnbouw in strijd is met de richtlijn, waarvan artikel 3, lid 1, iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht uitsluit, voorzover het gaat om de toegangsvoorwaarden tot beroepen of functies. Zij voegt hieraan toe dat Oostenrijk impliciet de onevenredige aard van het verbod erkent, omdat § 4 van het besluit van 2001 bepaalt dat in alle andere sectoren per geval wordt vastgesteld of aan vrouwen werkzaamheden mogen worden opgedragen waarbij zij lichamelijk bijzonder worden belast.

30. Vaststaat dat de betrokken regelgeving mannen en vrouwen verschillend behandelt voorzover het hun tewerkstelling in de mijnbouw betreft. De vraag rijst dus of een dergelijk verschil in behandeling, zoals Oostenrijk stelt, op grond van de uitzondering van artikel 2, lid 3, van de richtlijn is toegestaan.

31. Oostenrijk betoogt met name dat het duidelijk is dat vrouwen in het algemeen vanuit biologisch oogpunt niet dezelfde bouw als mannen hebben en fysiek zwakker zijn. De zeer zware lichamelijke arbeid in de ondergrondse mijnbouw houdt daarom voor vrouwen een grotere lichamelijke belasting in en stelt hen aan grotere gezondheidsrisico's bloot dan mannen. Dit is volgens Oostenrijk anders bij nachtarbeid, waarbij

12 — Zie hierna, punten 47 e.v.

mannen en vrouwen even zwaar worden belast. De door de Commissie aangehaalde rechtspraak van het Hof dat het verbod van nachtarbeid voor vrouwen in strijd is met de richtlijn, kan dus niet naar analogie worden toegepast. [13]

32. Oostenrijk concludeert dat het op grond van artikel 2, lid 3, van de richtlijn het tot bescherming van vrouwen strekkende verbod om hen in de mijnbouw tewerk te stellen, mag handhaven.

33. Mijns inziens strekt deze bepaling er, zoals inderdaad uit de rechtspraak van het Hof blijkt, toe om te voorzien in behoeften die specifiek zijn voor vrouwen en die daarom in bepaalde omstandigheden mogen worden beschermd. Het Hof heeft met name geoordeeld dat de richtlijn, voorzover zij aan de lidstaten het recht voorbehoudt om bepalingen ter bescherming van de vrouw, met name wat „zwangerschap en moederschap" betreft, in stand te houden of in te voeren, de bescherming van twee soorten behoeften van de vrouw gerechtvaardigd acht in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het gaat enerzijds om de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld, anderzijds om de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de bevalling, ter voorkoming van een verstoring van deze relatie door een cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening. [14]

34. Artikel 2, lid 3, van de richtlijn staat dus niet toe dat vrouwen de toegang tot bepaalde werkzaamheden wordt ontzegd op grond dat zij meer dan mannen zouden moeten worden beschermd tegen gevaren die mannen en vrouwen gelijkelijk betreffen, en die verschillen van de specifieke behoeften aan bescherming van de vrouw, zoals de uitdrukkelijk genoemde. [15]

35. Opgemerkt zij dat het Hof, ondanks het gebruik van de uitdrukking „met name" in artikel 2, lid 3, een beroep op deze uitzondering enkel heeft toegestaan om redenen van zwangerschap of moederschap. Hoewel de woorden „met name" erop wijzen dat ook andere situaties dan zwangerschap en moe-

13 — Arresten van 25 juli 1991, Stoeckel (C-345/89, Jurispr. blz. I-4047); 2 augustus 1993, Levy (C-158/91, Jurispr. blz. I-4287), en 13 maart 1997, Commissie/Frankrijk (C-197/96, Jurispr. blz. I-1489).

14 — Arrest van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25).

15 — Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 44), en 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, Jurispr. blz. I-69, punt 30).

derschap onder deze uitzondering zouden kunnen vallen, geven deze woorden de werkelijke reikwijdte ervan aan. [16]

36. De in artikel 2, lid 3, bedoelde situaties zijn dus duidelijk verschillend van die waarvan sprake is in de Oostenrijkse regelgeving, die vrouwen ongeacht hun fysieke mogelijkheden en toestand van dergelijke werkzaamheden uitsluit.

37. Het feit dat deze regelgeving, zoals Oostenrijk stelt, voorziet in uitzonderingen op het algemene verbod, maakt mijns inziens geen enkel verschil. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat het beginsel van gelijke behandeling een algemeen verbod op de uitoefening van een bepaalde werkzaamheid door vrouwen niet toestaat, zelfs als daarop uitzonderingen bestaan, wanneer deze werkzaamheid niet voor mannen is verboden. [17] In ieder geval hebben de door de Oostenrijkse regelgeving voorziene uitzonderingen een uiterst beperkte draagwijdte.

38. Ik concludeer derhalve dat het verbod om vrouwen in mijnen tewerk te stellen niet valt onder de in artikel 2, lid 3, van de richtlijn bedoelde uitzondering.

IAO-verdrag nr. 45

39. Oostenrijk betoogt dat de gestelde beperkingen aan de tewerkstelling van vrouwen gerechtvaardigd zijn op grond van zijn internationaalrechtelijke verplichtingen uit IAO-verdrag nr. 45, dat krachtens artikel 307 EG verbindend blijft omdat het vóór de toetreding van Oostenrijk tot het Verdrag was gesloten.

40. Artikel 307, eerste alinea, EG bepaalt dat de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag zijn gesloten tussen een of meer lidstaten enerzijds en een of meer derde staten anderzijds, niet door de bepalingen van het Verdrag worden aangetast. Artikel 307 heeft een algemene strekking en is van toepassing op elke internationale overeenkomst, ongeacht haar onderwerp, die de toepassing van het Verdrag kan beïnvloeden. [18]

41. Oostenrijk stelt dat de lidstaten op grond van deze bepaling, zoals door het Hof uitgelegd [19], niet zijn gehouden het gemeenschapsrecht toe te passen wanneer de toepassing ervan onverenigbaar is met hun verplichtingen die voortvloeien uit een verdrag of een internationale overeenkomst,

16 — Conclusie van advocaat-generaal G. Slynn van 29 september 1988 in de zaak Commissie/Frankrijk (arrest van 25 oktober 1988, 312/86, Jurispr. blz. 6315).

17 — Arrest Stoeckel, aangehaald in voetnoot 13, punt 19.

18 — Arresten van 14 oktober 1980, Burgoa (812/79, Jurispr. blz. 2787, punt 6), en 4 juli 2000, Commissie/Portugal (C-84/98, Jurispr. blz. I-5215, punt 52).

19 — Arrest Levy, aangehaald in voetnoot 13.

gesloten met derde landen vóór hun toetreding tot het Verdrag. Oostenrijk baseert zich met name op 's Hofs arresten in de zaken Levy [20] en Minne [21] om zijn argument te schragen dat het verbod op de tewerkstelling van vrouwen krachtens artikel 307 EG is toegestaan.

42. In deze zaken werd de vraag opgeworpen of het beginsel van gelijke behandeling zich verzette tegen het verbod van een lidstaat op nachtarbeid door vrouwen in een geval waarin een ander verdrag van de IAO, daterend van voor het Verdrag, een dergelijk verbod vereiste. Het Hof heeft in wezen geoordeeld dat, hoewel een dergelijk verbod indruiste tegen het beginsel van gelijke behandeling, de richtlijn niet kon worden toegepast voorzover de lidstaat de nationale wettelijke bepalingen had vastgesteld om de verplichtingen na te komen die krachtens een overeenkomst in de zin van artikel 307 EG op hem rustten.

43. De Commissie beroept zich echter op artikel 307, tweede alinea, EG, dat de lidstaten verplicht van alle passende middelen gebruik te maken om elke onverenigbaarheid tussen een dergelijke overeenkomst en het Verdrag op te heffen, en stelt dat Oostenrijk IAO-verdrag nr. 45 volgens artikel 7 [22] ervan op 30 mei 1997 had moeten opzeggen.

44. De zaken Levy en Minne betroffen beide prejudiciële procedures. In geen van beide zaken heeft de verwijzende rechter verzocht om een nadere toelichting over het effect van artikel 307, tweede alinea, EG. Deze kwestie is ook niet door een van de deelnemers aan die procedures opgeworpen, hoewel het Hof in de zaak Minne erop heeft gewezen dat de betrokken lidstaat (België) in feite de desbetreffende overeenkomst had opgezegd. [23]

45. In de onderhavige zaak wordt daarentegen aan het Hof gevraagd te verklaren dat Oostenrijk het gemeenschapsrecht heeft geschonden. Ik heb reeds als mijn mening te kennen gegeven dat het besluit van 2001 inderdaad in strijd is met de richtlijn. Om te kunnen beslissen of Oostenrijk, zoals het zelf stelt, artikel 307 EG kan inroepen om zijn wettelijke regeling te rechtvaardigen, is het nodig vast te stellen of Oostenrijk overeenkomstig de tweede alinea van dit artikel van alle passende middelen heeft gebruikgemaakt om de onverenigbaarheid tussen deze wettelijke regeling en zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen op te heffen. Deze vraag

20 — Aangehaald in voetnoot 13.
21 — Arrest van 3 februari 1994 (C-13/93, Jurispr. blz. I-371).
22 — Geciteerd in punt 8.
23 — Zie punt 15 van het arrest.

is bovendien door partijen opgeworpen. Zou het Hof tot de conclusie komen dat Oostenrijk de onverenigbaarheid tussen de nationale bepalingen en het toepasselijke gemeenschapsrecht had kunnen opheffen, maar het niet heeft gedaan, dan zou Oostenrijk artikel 307 niet meer kunnen inroepen.

46. In de zaak Commissie/Portugal [24] heeft het Hof met name het probleem onderzocht waarmee een lidstaat wordt geconfronteerd wanneer zijn internationaalrechtelijke en gemeenschapsrechtelijke verplichtingen met elkaar in strijd zijn. Het Hof heeft geoordeeld dat de lidstaten weliswaar in het kader van artikel 307 EG kunnen kiezen welke passende middelen zij nemen, doch dat dit niet wegneemt dat zij verplicht zijn de onverenigbaarheid van een precommunautaire overeenkomst met het EG-Verdrag op te heffen. Stuit een lidstaat op moeilijkheden die wijziging van een overeenkomst onmogelijk maken, dan kan men dus niet uitsluiten dat hij die overeenkomst moet opzeggen. [25] Het Hof heeft geoordeeld dat Portugal, dat een overeenkomst met een derde land die in strijd was met een gemeenschapsverordening, niet had opgezegd en evenmin had aangepast, de verplichtingen die krachtens deze verordening op hem rustten niet was nagekomen. [26]

47. Artikel 307, tweede alinea, EG heeft dus, zoals uit de tekst ervan kan worden opgemaakt, betrekking op situaties waarin de overeenkomstsluitende partijen conform de bepalingen van de overeenkomst hierover opnieuw kunnen onderhandelen of de overeenkomst kunnen opzeggen. Wat de onderhavige zaak betreft, wijs ik erop dat reeds dertien verdragsluitende partijen, waaronder zes lidstaten [27], IAO-verdrag nr. 45 hebben opgezegd. De meerderheid van de partijen die het verdrag hebben opgezegd, heeft als reden opgegeven dat dit onverenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Bovendien heeft de raad van beheer van de IAO de staten die partij zijn bij IAO-verdrag nr. 45 uitgenodigd om zowel de ratificatie van overeenkomst nr. 176 van 1995 inzake veiligheid en gezondheid in mijnen te overwegen, die hij omschrijft als „de actuele standaard op dit gebied, waarvan de werkingssfeer in de praktijk die van IAO-verdrag nr. 45 omvat", als de mogelijkheid om IAO-verdrag nr. 45 op te zeggen. [28] IAO-verdrag nr. 176 is gelijkelijk van toepassing op mannen en vrouwen.

48. Hieruit volgt dat Oostenrijk in de onderhavige omstandigheden de mogelijkheid heeft gehad IAO-verdrag nr. 45 recht-

24 — Arrest aangehaald in voetnoot 18.

25 — Punt 58 van het aangehaalde arrest.

26 — Punt 61 van het aangehaalde arrest.

27 — Finland, Ierland, Luxemburg, Nederland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.

28 — Zie verslagen van de raad van beheer van de IAO voor de 267e zitting (november 1996), GB.267/LILS/WP/PRS/2, de 268e zitting (maart 1997), GB.268/LILS/WP/PRS/2, de 270e zitting (november 1997), GB.270/15, en de 274e zitting (maart 1999), GB.274/LILS/WP/PRS/1 (beschikbaar op de website van de IAO: www.ilo.org).

matig op te zeggen in het jaar dat volgde op 30 mei 1997 [29] en daardoor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te waarborgen die in de richtlijn is voorgeschreven voorzover het de toegang tot de werkgelegenheid in de ondergrondse mijnbouw betreft. Oostenrijk kan zich dus niet op artikel 307, eerste alinea, EG beroepen om een nationale regeling te rechtvaardigen die onverenigbaar met de richtlijn is.

49. Oostenrijk stelt echter dat het op het moment dat het IAO-verdrag nr. 45 kon opzeggen, niet kon weten dat zijn regelgeving in strijd was met het gemeenschapsrecht of dat de Commissie de litigieuze bepalingen in strijd achtte met het gemeenschapsrecht, daar de eerste mededeling van de Commissie over dit onderwerp in september 1998 is verzonden.

50. Dit argument kan niet worden aanvaard. De richtlijn werd, zoals hierboven vermeld [30], voor Oostenrijk van kracht bij de inwerkingtreding van de EER-overeenkomst op 1 januari 1994; op grond van het gemeenschapsrecht was Oostenrijk verplicht de richtlijn tegen 1 januari 1995 om te zetten. Oostenrijk was dus ingevolge artikel 3, lid 2, van de richtlijn verplicht zo snel mogelijk alle wetgeving die in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling af te schaffen; in dit verband is de datum van welke mededeling van de Commissie dan ook irrelevant.

51. Hieruit volgt dat Oostenrijk zich in de onderhavige procedure niet op IAO-verdrag nr. 45 kan beroepen om zich aan zijn verplichtingen ingevolge de richtlijn te onttrekken.

Verbod om vrouwen tewerk te stellen bij werkzaamheden met perslucht en bij duikwerkzaamheden

52. De Commissie stelt dat het verbod van § 8 en § 31 van het besluit van 1973 om vrouwen tewerk te stellen bij werkzaamheden met perslucht en bij duikwerkzaamheden in strijd is met het gemeenschapsrecht.

53. Oostenrijk antwoordt hierop dat dit verbod in overeenstemming is met de vereisten van de richtlijn en dat het met name om dezelfde reden gerechtvaardigd is als het

29 — Zie artikel 7 van IAO-verdrag nr. 45.

30 — Zie hierboven, punt 4.

verbod op tewerkstelling in de mijnbouw, dat wil zeggen op grond van de fysiek veeleisende aard van het werk en de over het algemeen geringere fysieke capaciteiten van vrouwen, zoals hun kleiner ademhalingsvermogen.

54. Vaststaat dat de door de Oostenrijkse regelgeving bedoelde werkzaamheden, evenals het werk in de mijnbouw, een bepaalde fysieke belasting van de betrokken persoon meebrengen. Aangezien Oostenrijk echter geen enkel bewijs levert dat dergelijke werkzaamheden risico's met zich brengen die mannen en vrouwen op verschillende wijze treffen of risico's die specifiek zijn voor vrouwen en waartegen zij bijzonder moeten worden beschermd in de zin van artikel 2, lid 3, van de richtlijn, kan dit feit niet de uitsluiting van alle vrouwen van dit soort werkzaamheden rechtvaardigen. [31]

55. Het feit dat er twee beperkte uitzonderingen bestaan op het verbod om vrouwen tewerk te stellen bij werkzaamheden met perslucht (zulks in tegenstelling tot het algemene verbod vrouwen duikwerkzaamheden te laten verrichten, dat geen enkele uitzondering kent), maakt dit niet verenigbaar met de richtlijn. Ten eerste heeft het Hof uitdrukkelijk verklaard dat het beginsel van gelijke behandeling een algemeen verbod op de uitoefening van een bepaalde werkzaamheid door vrouwen niet toestaat, zelfs wanneer daarop uitzonderingen bestaan, indien deze werkzaamheid niet voor mannen is verboden. [32] Ten tweede is het in ieder geval duidelijk dat de uitzonderingen niet objectief gerechtvaardigd zijn in de zin van artikel 2, lid 3, van de richtlijn, aangezien zij vrouwen enkel toestaan toezicht te houden of werkzaamheden met perslucht te verrichten mits deze geen al te hoge lichamelijke belasting meebrengen. Zij vallen dus niet onder de uitzonderingen die verband houden met zwangerschap en moederschap, zoals bedoeld in artikel 2, lid 3, van de richtlijn.

56. Ik concludeer derhalve dat het verbod om vrouwen tewerk te stellen bij werkzaamheden met perslucht en bij duikwerkzaamheden onverenigbaar is met de richtlijn.

31 — Zie mijn uiteenzetting hierboven in de punten 41-44.

32 — Zie punt 19 van het arrest Stoeckel, aangehaald in voetnoot 13.

Conclusie

57. Ik geef het Hof derhalve in overweging:

„1) Vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, door § 8 en § 31 van de Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (besluit inzake werkzaamheden met perslucht en duikwerkzaamheden) van 25 juli 1973 te handhaven en door § 2 en § 4 van de Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen (besluit van de bondsminister van Economische Zaken en Arbeid betreffende tewerkstellingsverboden en -beperkingen voor werkneemsters) van 4 oktober 2001 in te voeren, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 3 van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.

2) De Republiek Oostenrijk in de kosten te verwijzen."