FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT F.G. JACOBS
föredraget den 8 juli 2004 [1]

1. Inom ramen för förevarande talan, som har väckts med stöd av artikel 226 EG, har kommissionen gjort gällande att den österrikiska lagstiftning som innehåller ett förbud mot att anställa kvinnor på vissa befattningar inom gruvindustrin och på befattningar som innebär arbete i miljö med förhöjt atmosfäriskt tryck är oförenlig med artiklarna 2 och 3 i likabehandlingsdirektivet [2] (nedan kallat direktivet).

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

2. I artikel 2 i direktivet föreskrivs i här relevanta delar följande:

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

2. Detta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde den yrkesverksamhet och i förekommande fall den utbildning som leder till denna, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs.

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

...".

1 — Originalspråk: engelska.

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

3. I artikel 3 föreskrivs i här relevanta delar:

"1. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen innebär att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön i villkoren, som t.ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar i någon som helst sektor eller verksamhetsgren och på alla nivåer.

2. För detta ändamål skall medlemsstaterna vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att

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

... ."

4. Österrike hade enligt gemenskapsrätten en skyldighet att tillämpa direktivet senast den 1 januari 1995, dagen för dess anslutning till Europeiska gemenskapen. Enligt Avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet [3] förelåg dock en skyldighet att tillämpa direktivet senast den 1 januari 1994, den dag då avtalet trädde i kraft.

5. I artikel 307 EG föreskrivs i här relevanta delar:

"De rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder skall inte påverkas av bestämmelserna i detta fördrag.

I den mån dessa avtal inte är förenliga med detta fördrag skall den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. ..."

3 — Avtalet har fogats till rådets och kommissionens beslut 94/1/EKSG, EG av den 13 december 1993 (EGT L 1, s. 3; svensk specialutgåva, område 2, volym 11 s. 37).

Folkrätten

6. I artikel 2 i Internationella arbetsorganisationens konvention nr 45 angående användande av kvinnor till arbete under jord i gruvor av alla slag av den 21 juni 1935 (nedan kallad ILO-konvention nr 45), föreskrivs följande:

"Ingen kvinna, av vilken ålder som helst, må användas till arbete under jord i gruva."

7. I artikel 3 föreskrivs följande:

"Den nationella lagstiftningen må från ovanstående förbud undantaga:

a) personer, som intaga en ledande ställning och icke utföra manuellt arbete;

b) personer, som används till sanitär eller social tjänst;

c) personer, som under loppet av sina studier för yrkesutbildning tillbringa en tid i de underjordiska delarna av en gruva;

d) andra personer, som för utövande av ett icke manuellt yrke tillfälligtvis hava att nedstiga i de underjordiska delarna av en gruva."

8. I artikel 7 föreskrivs följande:

"1. Varje medlem, som ratificerat denna konvention kan, sedan tio år förflutit från den tidpunkt, då konventionen först trädde i kraft, uppsäga densamma genom en skrivelse, som delgives nationernas förbunds generalsekreterare och av honom registreras. Uppsägningen träder icke i kraft förrän ett år efter det den registrerats.

2. Varje medlem som ratificerat denna konvention och icke inom ett år efter utgången av den i föregående stycke nämnda

tioårsperioden gör bruk av den i denna artikel stadgade uppsägningsrätten, skall vara bunden för en ny period av tio år och kan därefter, med iakttagande av de i denna artikel föreskrivna villkoren, uppsäga konventionen vid utgången av varje tioårsperiod."

9. ILO-konvention nr 45 trädde i kraft den 30 maj 1937. Den kunde därför ha sagts upp året efter den 30 maj 1997. Österrike är avtalspart genom att ha ratificerat konventionen år 1937.

Nationella bestämmelser

10. I artikel 16 i Arbeitszeitordnung (lag om reglering av arbetstiden) av den 30 april 1938 [4] (nedan kallad 1938 års lag), som enligt kommissionen var gällande fram till den 31 juli 2001, men som enligt den österrikiska regeringen upphävdes genom en lag av den 19 augusti 1999, [5] föreskrevs följande:

"1. Kvinnliga arbetstagare skall inte anställas i gruvor, saltproduktionsanläggningar, bearbetningsanläggningar, underjordiska gruvor eller dagbrott, och de skall inte heller anställas ovan jord för extraktion (med undantag för bearbetning (separation och tvätt)), transport eller lastning.

2. Kvinnliga arbetstagare skall inte heller anställas i koksverk eller för transport av råmaterial till alla slags byggnadsarbeten.

3. Reichsarbeitsminister [arbetsmarknadsministern] kan helt förbjuda anställning av kvinnliga arbetstagare eller ställa upp vissa typer av villkor för bestämda slags uppgifter eller arbeten som innebär särskilda risker för hälsa eller moral."

11. Från och med den 1 augusti 2001 regleras anställningen av kvinnor i underjordisk gruvindustri genom Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen (den federala finans- och arbetsmarknadsministerns lag

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

5 — Bundesgesetz zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen (Federal lag om upphävande av enkla federala lagar och förordningar som antogs för år 1946, BGBl. I, 191/1999).

om förbud och restriktioner avseende anställning av kvinnor) av den 4 oktober 2001 [6] (nedan kallad 2001 års lag).

12. Artikel 2 i 2001 års lag har följande lydelse:

"Kvinnliga arbetstagare skall inte anställas i den underjordiska gruvindustrin.

2. Punkt 1 är inte tillämplig på

1. kvinnliga arbetstagare med ledningsansvar eller tekniskt ansvar som inte utför krävande fysiskt arbete,

2. kvinnliga arbetstagare som arbetar inom en social tjänst eller hälsovård,

3. kvinnliga arbetstagare som måste genomgå yrkespraktik eller jämförbar undervisning som en del av sina studier, under den praktikens varaktighet,

4. kvinnliga arbetstagare som endast tillfälligt är anställda i den underjordiska gruvindustrin i en verksamhet som inte är fysiskt krävande."

13. I artikel 4 föreskrivs följande:

"1. Kvinnliga arbetstagare skall inte anställas för arbetsuppgifter där de genom lyft, bärande, skjutande, vändande eller annan förflyttning av gods utsätts för särskilda fysiska ansträngningar som medför fysiologiska påfrestningar som kan vara skadliga för dem.

2. Vid bedömningen av de arbeten som nämns i punkt 1 är de avgörande faktorerna i fråga om ansträngningar och påfrestningar framför allt vikten, godsets typ och form,

6 — BGBl. II, 356/2001.

transportsättet och transporthastigheten, arbetets varaktighet och frekvens och de kvinnliga arbetstagarnas kondition.

3. Punkt 1 skall inte tillämpas på arbeten i vilka kvinnliga arbetstagare endast är anställda under korta perioder eller på villkor som inte förväntas äventyra deras liv eller hälsa."

14. I artikel 8 i Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (lag om arbete med förhöjt atmosfäriskt tryck och dykariarbete) av den 25 juli 1973 [7] (nedan kallad 1973 års lag), föreskrivs i här relevanta delar:

"1. Endast manliga arbetstagare som uppnått 21 års ålder och som är vid god hälsa får anställas för arbeten i miljö med förhöjt tryck.

2 ... När hälsokraven i punkt 1 är uppfyllda får även kvinnliga arbetstagare som uppnått 21 års ålder anställas som personal med övervakningsansvar eller i annat arbete i miljö med förhöjt tryck som inte innebär någon större fysisk ansträngning."

15. I artikel 31 föreskrivs i här relevanta delar:

"Endast de manliga arbetstagare som uppnått 21 års ålder och som är vid god hälsa och som har de specialkunskaper och den yrkeserfarenhet som krävs ur hälso- och säkerhetssynpunkt får anställas som dykare."

Förfarandet

16. Genom en skrivelse av den 29 september 1998 begärde kommissionen att de österrikiska myndigheterna skulle lämna detaljerade uppgifter om förbudet mot anställning av kvinnor på vissa befattningar inom gruvindustrin och befattningar som innebär arbete i miljö med förhöjt tryck.

7 — BGBl. 501/1973.

17. Österrike efterkom denna begäran genom en skrivelse av den 2 mars 1999. Den österrikiska regeringen tillställde kommissionen de relevanta bestämmelserna i 1938 och 1973 års lagar, hänvisade till undantaget i artikel 2.3 i direktivet och förklarade uttryckligen att man inte planerade att ändra reglerna om anställning av kvinnor inom gruvindustrin.

18. Kommissionen, som ansåg att de förbud mot anställning av kvinnor som anges i 1938 och 1973 års lagar var oförenliga med direktivet, tillställde genom skrivelse av den 29 april 1999 Österrike en formell underrättelse.

19. I sitt svar av den 2 juli 1999 hänvisade den österrikiska regeringen till sin tidigare skrivelse. Den tillade att artikel 16 i 1938 års lag inte var tillämplig på all gruvverksamhet och att gruvmyndigheten dessutom hade godkänt införandet av en rad undantag från den lagen. Den österrikiska regeringen förklarade att den planerade en översyn av arbetsmiljölagstiftningen inom gruvsektorn som skulle omfatta de två berörda bestämmelserna.

20. Kommissionen var inte nöjd med det svaret och tillställde den 7 februari 2002 Österrike ett motiverat yttrande. Österrike svarade den 11 april 2002 och förklarade att dess lagstiftning om förbudet mot anställning av kvinnor i gruvindustrin hade ändrats genom 2001 års lag.

21. Kommissionen, som anser att förbudet mot anställning av kvinnor i 1973 och 2001 års lagar strider mot gemenskapsrätten, har väckt förevarande talan och yrkat att domstolen skall förklara att Österrike har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 3 i direktivet och artikel 10 EG jämförd med artikel 249 EG.

Upptagande till sakprövning

22. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att talan med avseende på förbudet mot anställning av kvinnor inom den underjordiska gruvindustrin inte kan tas upp till prövning i sak. Den har förklarat att det följer av fast rättspraxis [8] att kommissionens motiverade yttrande och ansökan till domstolen skall grundas på identiska klagomål och att det endast är när de rättsakter som har

8 — Dom av den 17 november 1992 i mål C-105/91, kommissionen mot Grekland (REG 1992, s. I-5871) och av den 10 september 1996 i mål C-11/95, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-4115).

ifrågasatts under det administrativa förfarandet kvarstår i sin helhet som ändringar av den nationella lagstiftningen, som har antagits mellan tidpunkten för utfärdandet av det motiverat yttrandet och tidpunkten för ansökan till domstolen, inte påverkar möjligheten att ta upp talan till prövning i sak. Detta är inte fallet här eftersom rättsakterna inte kvarstår i sin helhet.

23. Det stämmer förvisso att föremålet för en ansökan enligt artikel 226 EG begränsas av det administrativa förfarande som föreskrivs i artikeln och att kommissionens motiverade yttrande och ansökan till domstolen därför måste grundas på samma invändningar. [9]

24. Domstolen har dock uttryckligen förklarat att det kravet inte kan sträcka sig så långt att det blir nödvändigt att de nationella bestämmelser som anges i det motiverade yttrandet och i ansökan alltid skall vara fullständigt identiska. När en ändring av lagstiftningen har ägt rum mellan dessa två faser i förfarandet är det tillräckligt att det system som inrättas genom den lagstiftning som ifrågasattes under det administrativa förfarandet i stort sett vidmakthålls genom de nya rättsakter som har antagits av medlemsstaten sedan det motiverade yttrandet utfärdades och som ifrågasätts i ansökan. [10]

25. Ändringarna av den österrikiska lagstiftningen har inte medfört någon väsentlig ändring i sak av förbudet mot anställning av kvinnor i den underjordiska gruvindustrin. I 1938 års lag föreskrevs en skillnad i behandling i fråga om flera typer av verksamheter, vilket innebar ett vittgående förbud mot anställning av kvinnor i gruvindustrin, medan 2001 års lag innehåller ett enda, generellt förbud och ett begränsat antal undantag inriktade på mycket speciella verksamheter, som exempelvis praktikarbete inom gruvindustrin. Följaktligen har det system som inrättades genom den lagstiftning som ifrågasattes under det administrativa förfarandet i stort sett vidmakthållits genom de nya rättsakter som har antagits av Österrike.

26. Domstolen har vidare understrukit att det inte måste råda fullständig överensstämmelse mellan det motiverade yttrandet och yrkandena i ansökan, under förutsättning att tvisteföremålet inte har utvidgats eller ändrats utan tvärtom enbart har inskränkts. [11] I förevarande mål har Österrike till sitt försvar gjort gällande att 2001 års lag inte längre innehåller ett absolut förbud mot anställning av kvinnor i gruvor, utan att endast vissa bestämda förbud och begränsningar för den typen av anställningar bibehålls. I den mån lagstiftningen har förändrats

9 — Domen i målet kommissionen mot Belgien, (ovan fotnot 8), punkt 73.

10 — Domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 8), punkt 74 och där nämnd rättspraxis.

11 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-139/00, kommissionen mot Spanien (REG 2002, s. I-6407), punkt 19.

tycks effekten av detta på föremålet för kommissionens talan endast vara att den har begränsats.

27. Slutligen vill jag tillägga att det indirekt framgår av den österrikiska regeringens argumentation grundad på artikel 307 EG [12] att 2001 års lag i huvudsak innebär ett återinförande av 1938 års lag.

28. Mot bakgrund av ovan sagda anser jag att invändningen om rättegångshinder är obefogad.

Förbudet mot anställning av kvinnor i den underjordiska gruvindustrin

Direktivet

29. Kommissionen har gjort gällande att förbudet i artikel 2 i 2001 års lag mot anställning av kvinnor i den underjordiska gruvindustrin strider mot artikel 3.1 i direktivet som förbjuder diskriminering på grund av kön i fråga om villkoren för tillgång till alla arbetsuppgifter. Den har tillagt att den österrikiska regeringen indirekt har medgivit att förbudet är oproportionerligt till sin natur, eftersom det i artikel 4 i 2001 års lag för alla andra sektorer föreskrivs att det från fall till fall skall bedömas huruvida kvinnor skall tillåtas utföra fysiskt krävande arbetsuppgifter.

30. Det är ostridigt att män och kvinnor behandlas olika i fråga om anställning inom gruvindustrin i den ifrågasatta lagstiftningen. Frågan är därför om denna skillnad i behandling, vilket den österrikiska regeringen har gjort gällande, är tillåten därför att den omfattas av det undantag som anges i artikel 2.3 i direktivet.

31. Den österrikiska regeringen har påpekat att det som allmän regel och ur biologisk synpunkt är uppenbart att kvinnor inte har samma kroppsbyggnad som män och är fysiskt svagare. Följaktligen innebär fysiskt krävande arbete inom den underjordiska gruvindustrin större fysiska påfrestningar för deras del och de utsätts för större hälsorisker än män. Den österrikiska regeringen har förklarat att detta inte är fallet i fråga om nattarbete, där män och kvinnor

12 — Se punkt 39 och följande punkter nedan.

utsätts för samma fysiska påfrestning. Den rättspraxis från domstolen som har åberopats av kommissionen, enligt vilken förbud mot nattarbete för kvinnor strider mot direktivet, är följaktligen inte analogt tillämplig. [13]

32. Den österrikiska regeringen har dragit slutsatsen att det således enligt artikel 2.3 i direktivet är berättigat att vidmakthålla förbudet mot anställning av kvinnor i den underjordiska gruvindustrin som, enligt denna, syftar till att skydda kvinnor.

33. Enligt min uppfattning syftar den bestämmelsen, såsom framgår av domstolens rättspraxis, till att tillgodose behov som är specifika för kvinnor och som det därför kan vara berättigat att skydda i vissa situationer. Domstolen har särskilt slagit fast att direktivet, genom att tillåta medlemsstaterna att bibehålla eller införa bestämmelser som syftar till att skydda kvinnor i samband med "graviditet och moderskap", erkänner att det är berättigat att, med avseende på principen om likabehandling, skydda kvinnors behov i två avseenden. Det är för det första berättigat att säkerställa ett skydd för kvinnans biologiska tillstånd under graviditeten och därefter till dess att hennes fysiologiska och psykiska funktioner har återställts till det normala efter förlossningen. För det andra är det berättigat att skydda det särskilda förhållandet mellan en kvinna och hennes barn under perioden efter graviditeten och förlossningen, genom att förhindra att detta störs av de dubbla bördor som det skulle innebära att samtidigt förvärvsarbeta. [14]

34. Artikel 2.3 gör det alltså inte möjligt att utestänga kvinnor från en anställning med motiveringen att kvinnor skall ges starkare skydd än män beträffande sådana risker som berör kvinnor och män i lika hög grad och som skiljer sig från de särskilda skyddsbehov för kvinnor som uttryckligen angetts. [15]

35. Noteras kan att domstolen, trots användningen av ordet "särskilt" i artikel 2.3, inte har godtagit att undantaget används för något annat än hänsyn som hänger samman med graviditet och moderskap. Trots att ordet "särskilt" tyder på att andra situationer

13 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-345/89, Stoeckel (REG 1991, s. I-4047; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-345), av den 2 augusti 1993 i mål C-158/91, Levy (REG 1993, s. I-4287; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-295), och dom av den 13 mars 1997 i mål C-197/96, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-1489).

14 — Dom av den 12 juli 1984 i mål C-184/83, Hofman (REG 1984, s. 3047), punkt 25.

15 — Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 44, och dom av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil (REG 2000, s. I-69), punkt 30.

än graviditet och moderskap kan omfattas av undantaget, präglar de orden undantagets räckvidd. [16]

36. Den typ av situationer som avses i artikel 2.3 skiljer sig således klart från dem som åsyftas i den österrikiska lagstiftningen, genom vilken alla kvinnor utestängs från detta arbete oberoende av deras fysiska lämplighet och kondition.

37. Det saknar enligt min uppfattning betydelse att den österrikiska lagstiftningen, vilket den österrikiska regeringen har betonat, innehåller undantag från det generella förbudet. Domstolen har entydigt slagit fast att principen om likabehandling inte medger ett allmänt utestängande av kvinnor från vissa typer av anställningar, även om det finns undantag, när dessa anställningar inte är förbjudna för män. [17] Undantagen enligt den österrikiska lagstiftningen är i alla händelser ytterst begränsade till sin räckvidd.

38. Jag konstaterar följaktligen att förbudet mot anställning av kvinnor i gruvor inte omfattas av undantaget i artikel 2.3 i direktivet.

ILO-konventionen

39. Den österrikiska regeringen har förklarat att begränsningarna i fråga om kvinnors anställning är berättigade mot bakgrund av Österrikes folkrättsliga skyldigheter på grund av ILO-konvention nr 45, som enligt artikel 307 EG förblir bindande för Österrike eftersom den föregick Österrikes anslutning till EG-fördraget.

40. Enligt artikel 307 första stycket påverkas inte de rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före fördragets ikraftträdande mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder av fördragets bestämmelser. Artikel 307 är allmän till sin räckvidd och tillämplig på alla internationella avtal, oberoende av vad de behandlar, och kan påverka tillämpningen av fördraget. [18]

41. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att medlemsstater på grund av den bestämmelsen, [19] såsom den har tolkats av domstolen, inte är tvingade att tillämpa gemenskapsrätten när tillämpningen av denna skulle strida mot deras skyldigheter på grund av ett internationellt fördrag eller

16 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Slynn av den 21 september 1988 i mål 312/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 6315), s. 6327 och 6328.

17 — Domen i målet Stoeckel (ovan fotnot 13), punkt 19.

18 — Dom av den 14 oktober 1980 i mål 812/79, Burgoa (REG 1980, s. 2787; svensk specialutgåva, volym 5, s. 313), punkt 6, och dom av den 4 juli 2000 i mål C-84/98, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-5215), punkt 52.

19 — Levy, (ovan fotnot 13).

en konvention som ingåtts mellan medlemsstater och icke-medlemsstater före deras anslutning till EG-fördraget. Den har särskilt åberopat domstolens domar i målen Levy [20] och Minne [21] till stöd för sitt argument att förbudet mot anställning av kvinnor är tillåtet enligt artikel 307.

42. I de målen behandlades frågan om huruvida principen om likabehandling förhindrade en medlemsstat att förbjuda nattarbete för kvinnor när ett sådant förbud krävdes enligt en annan ILO-konvention som föregick fördraget. Domstolen slog i huvudsak fast att även om detta förbud stred mot principen om likabehandling kunde direktivet inte tillämpas i den mån de nationella bestämmelserna antogs för att säkerställa att medlemsstaten fullgjorde sina skyldigheter på grund av ett avtal som omfattas av artikel 307.

43. Kommissionen har dock hänvisat till artikel 307 andra stycket, enligt vilket medlemsstaterna i den mån ett sådant avtal inte är förenligt med detta fördrag skall vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt, och gjort gällande att Österrike därför borde ha sagt upp konventionen enligt artikel 7 den 30 maj 1997. [22]

44. Båda målen Levy och Minne inkom till domstolen som en begäran om förhandsavgörande. Inte i något av målen nämnde den nationella domstol som begärde ett förhandsavgörande effekten av artikel 307 andra stycket. Den frågan togs inte heller upp av någon av de parter som yttrade sig vid domstolen, även om domstolen i domen i målet Minne noterade att medlemsstaten i fråga (Belgien) faktiskt hade sagt upp den berörda konventionen. [23]

45. I förevarande mål har domstolen däremot anmodats att förklara att Österrike har åsidosatt gemenskapsrätten. Jag har redan förklarat att jag anser att 2001 års lag faktiskt strider mot direktivet. För att avgöra huruvida den österrikiska regeringen, såsom den har gjort gällande, kan åberopa artikel 307 EG för att berättiga sin lagstiftning, är det nödvändigt att fastställa om medlemsstaten i enlighet med artikel 307 andra stycket har vidtagit alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt mellan den lagstiftningen och dess skyldigheter enligt

20 — Se fotnot 13.

21 — Dom av den 3 februari 1994 i mål C-13/93 (REG 1994, s. I-371).

22 — Återgiven i punkt 8 ovan.

23 — Punkt 15 i domen.

gemenskapsrätten. Den frågan har för övrigt tagits upp av parterna. Om domstolen övertygas om att Österrike kunde ha undanröjt oförenligheten mellan de nationella bestämmelserna och den relevanta gemenskapsrätten, men hade underlåtit att göra detta, kan Österrike inte med framgång åberopa artikel 307.

46. I domstolens dom i målet kommissionen mot Portugal [24] behandlas uttryckligen det problem som en medlemsstat ställs inför när dess skyldigheter enligt folkrätten respektive enligt EG-rätten strider mot varandra. I den domen slog domstolen fast att även om medlemsstaterna enligt artikel 307 EG kan välja vilka åtgärder som är lämpliga att vidta är de ändå skyldiga att undanröja regler i avtal som de har ingått före anslutningen och som är oförenliga med EG-fördraget. Om en medlemsstat möter svårigheter som gör att det är omöjligt att ändra avtalet i fråga, är det således inte uteslutet att medlemsstaten kan vara skyldig att säga upp avtalet. [25] Domstolen fann att Republiken Portugal hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt en gemenskapsförordning genom att inte säga upp eller anpassa det omtvistade avtalet. [26]

47. Artikel 307 andra stycket omfattar således, som dess lydelse antyder, situationer i vilka en konvention kan omförhandlas av avtalsparterna eller ensidigt sägas upp enligt dess villkor. Med avseende på förevarande mål kan noteras att 13 avtalsparter, däribland sex medlemsstater, [27] redan har sagt upp ILO-konvention nr 45. De flesta av de parter som sagt upp konventionen har motiverat detta med att konventionen strider mot principen om likabehandling av kvinnor och män. Dessutom inbjöd styrelsen för ILO år 1996 de stater som är parter till ILO-konvention nr 45 att överväga en ratificering av ILO-konvention nr 176 av år 1995 om arbetarskydd i gruvor, som den beskrev som "den uppdaterade standarden inom detta område [som] i praktiken omfattar tillämpningsområdet för konvention nr 45", och eventuellt säga upp konvention nr 45. [28] Konvention nr 176 är på samma sätt tillämplig på män och kvinnor.

48. Följaktligen är Österrike, under de omständigheter som är för handen i förevarande mål, där Österrike hade möjlighet

24 — Se fotnot 18.

25 — Punkt 58.

26 — Punkt 61.

27 — Finland, Irland, Luxemburg, Nederländerna, Sverige och Förenade kungariket.

28 — Se Reports of the ILO Governing Body for the 267th Session (November 1996), GB.267/LILS/WP/PRS/2, the 268th Session (March 1997), GB.268/LILS/WP/PRS/2, the 270th Session (November 1997), GB.270/15, och the 274th Session (March 1999), GB.274/LILS/WP/PRS/1 (finns på ILO:s webbplats www.ilo.org).

att rättsenligt säga upp ILO-konvention nr 45 under året efter den 30 maj 1997 [29] och därmed säkerställa likabehandling av kvinnor och män i enlighet med direktivet med avseende på tillgången till anställning i den underjordiska gruvindustrin, i detta förforande förhindrat att åberopa artikel 307 första stycket för att berättiga den nationella lagstiftning som strider mot direktivet.

49. Österrike har emellertid gjort gällande att man inte kunde veta att landets lagstiftning stred mot gemenskapsrätten eller att kommissionen ansåg att bestämmelserna i fråga var oförenliga med gemenskapsrätten i tid för att säga upp ILO-konvention nr 45, eftersom kommissionens första meddelande i frågan skickades i september 1998.

50. Det argumentet kan inte godtas. Som nämnts ovan [30] blev direktivet tillämpligt för Österrikes del vid EES-avtalets ikraftträdande den 1 januari 1994, och Österrike hade enligt gemenskapsrätten en skyldighet att tillämpa direktivet senast den 1 januari 1995. Österrike hade således en skyldighet enligt artikel 3.2 i direktivet att så snart som möjligt upphäva lagar som stred mot principen om likabehandling, och tidpunkten för ett eventuellt meddelande från kommissionen saknar i det avseendet betydelse.

51. Av ovan sagda följer att den österrikiska regeringen inte i förevarande mål kan åberopa ILO-konvention nr 45 för att undgå att fullgöra sina skyldigheter enligt direktivet.

Förbudet mot anställning av kvinnor på befattningar som innebär arbete i miljö med förhöjt tryck och dykariarbete

52. Kommissionen har gjort gällande att förbudet mot anställning av kvinnor på befattningar som innebär arbete i miljö med förhöjt tryck och dykariarbete i artiklarna 8 och 31 i 1973 års lag strider mot gemenskapsrätten.

53. Den österrikiska regeringen har genmält att förbudet överensstämmer med direktivets krav och att det särskilt är berättigat av samma skäl som förbudet mot arbete i

29 — Se artikel 7 i konventionen, punkt 8 ovan.

30 — Se punkt 4 ovan.

gruvor, det vill säga på grund av arbetets fysiskt krävande art i kombination med kvinnors allmänt underlägsna fysiska förmåga, exempelvis deras lägre lungkapacitet.

54. Visserligen kan de verksamheter som avses i den österrikiska lagen, vilket är fallet i fråga om gruvarbete, innebära vissa fysiska påfrestningar för den person som utför dem. Eftersom den österrikiska regeringen emellertid inte har lagt fram några bevis för att detta arbete innebär risker som påverkar män och kvinnor olika eller risker som är specifika för kvinnor och som de särskilt behöver skyddas från i den mening som avses i artikel 2.3 i direktivet, kan den omständigheten inte berättiga att alla kvinnor utestängs från utövandet av dessa verksamheter. [31]

55. Det faktum att det föreligger två begränsade undantag från förbudet för kvinnor att arbeta i miljöer med förhöjt tryck (till skillnad från det allmänna förbudet för kvinnor att utföra dykarbeten, från vilket undantag saknas) innebär inte att det är förenligt med direktivet. Domstolen har för det första uttryckligen slagit fast att principen om likabehandling inte medger ett allmänt utestängande av kvinnor från vissa typer av anställningar, även om det finns undantag, när dessa anställningar inte är förbjudna för män. [32] För det andra är det i alla händelser uppenbart att undantagen inte är objektivt berättigade i den mening som avses i artikel 2.3, eftersom det enligt dessa är tillåtet endast för kvinnor att fullgöra övervakande uppgifter eller arbeten i en miljö med förhöjt tryck som inte innebär alltför stora fysiska påfrestningar. De omfattas därför inte av den kategori av undantag som har samband med graviditet eller moderskap och som avses i artikel 2.3.

56. Jag anser följaktligen att förbudet mot anställning av kvinnor på befattningar som innebär arbete i miljö med förhöjt tryck och dykariarbete är oförenligt med direktivet.

31 — Se diskussionen i punkterna 33–36 ovan.

32 — Domen i målet Stoeckel (ovan fotnot 13), punkt 19.

Förslag till avgörande

57. Jag föreslår därför att domstolen skall

1) förklara att Republiken Österrike, genom att vidmakthålla artiklarna 8 och 31 i lagen om arbete mit förhöjt atmosfäriskt tryck och dykariarbete av år 1973 och införa artiklarna 2 och 4 i den federale finans- och arbetsmarknadsministerns lag om förbud mot restirktioner anseende anställning av kvinnor av den 4 oktober 2001, har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 3 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor,

2) förplikta Republiken Österrike att ersätta rättegångskostnaderna.