ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
8 de Novembro de 1990 *

No processo C-177/88,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, pelo Hoge Raad der Nederlanden, destinado a obter, no processo pendente nesse órgão jurisdicional entre

Elisabeth Johanna Pacifica Dekker

e

Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 2.° e 3.° da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70),

O TRIBUNAL,

constituído pelos Srs. O. Due, presidente, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesias e M. Díez de Velasco, presidentes de secção, Sir Gordon Slynn, C. N. Kakouris e F. Grévisse, juízes,

advogado-geral: M. Darmon
secretário: B. Pastor, administradora

vistas as observações apresentadas:

— em representação de E. Dekker, recorrente no processo principal, por Van Dijk, advogado no foro de Haia,

* Língua do processo: neerlandês.

— em representação do VJV, recorrido no processo principal, por J. L. de Wijkerslooth, advogado no foro de Haia,

— em representação do Governo do Reino Unido, por J. A. Gensmantel, do Treasury Solicitor's Department, na qualidade de agente,

— em representação do Governo neerlandês, por E. F. Jacobs, secretário-geral do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por K. Banks e B. J. Drijber, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de E. J. Decker, do VJV-Centrum, representado por S. M. Evers, advogada no foro de Haia, do Governo neerlandês, representado por J. W. de Zwaan, na qualidade de agente, do Governo do Reino Unido, representado por M. Pannick, na qualidade de agente, e da Comissão na audiência de 3 de Outubro de 1989,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 14 de Novembro de 1989,

profere o presente

Acórdão

1 Por acórdão de 24 de Junho de 1988, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 30 de Junho, o Hoge Raad der Nederlanden apresentou, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, quatro questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 2.° e 3.° da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70, a seguir «directiva»).

2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe E. Dekker ao Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (a seguir «VJV»). Em Junho de 1981, E. Dekker candidatou-se a um emprego de educadora no centro de formação para jovens adultos gerido pelo VJV. Em 15 de Junho de 1981, informou a comissão encarregada da apreciação das candidaturas de que estava grávida de três meses. Apesar disso, essa comissão propô-la à direcção do VJV como candidato mais apto para exercer a função em causa. No entanto, por carta de 10 de Julho de 1981, o VJV informou E. Dekker de que não seria contratada.

3 Nessa carta, o VJV precisou que a decisão se devia ao facto de E. Dekker estar já grávida aquando da apresentação da candidatura e que, segundo as informações que tinha obtido, essa circunstância implicava que, se contratasse a interessada, o seu segurador, o Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs (a seguir «Risicofonds»), não lhe reembolsaria os subsídios diários que seria obrigado a pagar a E. Dekker durante a sua licença por maternidade. Por conseguinte, o VJV ficaria na impossibilidade financeira de contratar um substituto durante a ausência de E. Dekker e sofreria, assim, uma perda de efectivos.

4 Com efeito, resulta dos autos que, segundo o artigo 6.° do Ziekengeldreglement, a direcção do Risicofonds tem o poder de recusar, no todo ou em parte, o reembolso desses subsídios diários a um filiado (o empregador) na hipótese de um segurado (o empregado) não poder exercer as suas funções nos seis meses seguintes ao início do seguro, quando no momento da entrada em vigor do seguro o estado de saúde do interessado deixasse prever a superveniência dessa incapacidade dentro desse prazo. Ao contrário do disposto no artigo 44.°, n.° 1, alínea b), da Ziektewet, lei neerlandesa relativa ao seguro de doença, que fixa o regime de seguro aplicável geralmente aos empregados do sector privado, o Ziekengeldreglement, único aplicável a E. Dekker, não contém derrogações, para os casos de gravidez, à regra que permite recusar o reembolso dos subsídios diários no caso de «doença previsível».

5 Dado que o Arrondissementsrechtbank de Haarlem e o Gerechtshof de Amesterdão negaram sucessivamente provimento às acções de E. Dekker destinadas a obter a condenação do VJV a pagar-lhe uma indemnização por lucros cessantes, esta interpôs recurso para o Hoge Raad der Nederlanden.

6 Considerando que este recurso suscitava dificuldades de interpretação da Directiva 76/207 do Conselho, o Hoge Raad der Nederlanden decidiu apresentar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Um empregador viola directa ou indirectamente o princípio da igualdade de tratamento referido nos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da directiva [do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (76/207/CEE)], se se recusar a celebrar um contrato de trabalho com uma candidata que considerara apta para o exercício da actividade em questão, quando essa recusa de contratar se baseie nas consequências, prejudiciais para o empregador, da gravidez da candidata no momento da candidatura, consequências que ele deve esperar devido às regras sobre incapacidade para o trabalho aprovadas pelas autoridades públicas, que equiparam a incapacidade para exercer uma actividade por gravidez e parto à incapacidade por doença?

2) Supondo que não tivesse havido candidatos do sexo masculino, seria diferente a resposta à primeira questão?

3) É compatível com os artigos 2.° e 3.°:

a) que, se se provar que houve violação do princípio da igualdade de tratamento em detrimento da candidata que não foi admitida, se exija, além disso, para julgar procedente um pedido baseado na violação desse princípio, que haja culpa do empregador;

b) que, se se provar que houve violação desse princípio, o empregador possa, por seu lado, invocar uma causa de exclusão da responsabilidade, fora das hipóteses previstas no artigo 2.°, n.os 2 a 4?

4) Admitindo que seja necessário exigir que haja culpa da entidade patronal, no sentido referido na questão anterior, ou que seja possível invocar uma causa de exclusão da responsabilidade, basta que a entidade patronal corra os riscos

referidos na parte relativa à matéria de facto do presente acórdão para que não lhe seja imputável qualquer culpa ou para que seja possível invocar uma causa de exclusão da responsabilidade? Ou os artigos 2.° e 3.° devem ser interpretados no sentido de que a entidade patronal deve suportar esses riscos, a menos que esteja absolutamente certa de que as prestações devidas por motivo de incapacidade para o trabalho serão recusadas ou de que perderá efectivos e tenha feito tudo o que estava ao seu alcance para evitar essa eventualidade?»

7 Para mais ampla exposição dos factos do processo principal, da tramitação do processo, bem como das observações escritas apresentadas ao Tribunal, remete-se para o relatório para audiência. Esses elementos do processo só serão adiante retomados na medida do necessário para a fundamentação da decisão do Tribunal.

Quanto à primeira questão

8 Convém recordar em primeiro lugar que, segundo o artigo 1.°, n.° 1, a directiva visa a concretização nos Estados-membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais e às condições de trabalho.

9 O artigo 2.°, n.° 1, da directiva dispõe que «o princípio da igualdade de tratamento ... implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar. Nos termos do artigo 3.°, n.° 1, «a aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho...».

10 Convém examinar a questão de saber se uma recusa de contratação no caso referido pelo juiz nacional pode constituir uma discriminação directa em razão do sexo, na acepção da directiva. A resposta a dar a esta questão depende da questão de saber se a razão essencial da recusa de contratação é uma razão que se aplica indistintamente aos trabalhadores dos dois sexos ou, pelo contrário, se ela se aplica exclusivamente a um dos dois sexos.

11 A razão dada pelo empregador para recusar a contratação de E. Dekker reside essencialmente no facto de que não poderia obter do Risicofonds o reembolso dos subsídios diários que seria obrigado a pagar à interessada durante o período da sua ausência devida à gravidez, sendo, no entanto, obrigado a contratar um substituto. Esta situação explica-se pelo facto de que, por um lado, o regime nacional em causa equipara a gravidez à doença e, por outro, o Ziekengeldreglement não prevê qualquer disposição que exclua a gravidez dos casos em que o Risicofonds tem o direito de recusar o reembolso dos subsídios diários.

12 A este respeito, há que observar que uma recusa de contratação por motivo de gravidez só pode ser feita às mulheres e constitui, assim, uma discriminação directa em razão do sexo. Ora, uma recusa de contratação devida às consequências financeiras de uma ausência por motivo de gravidez deve considerar-se baseada essencialmente no facto da gravidez. Essa discriminação não pode ser justificada por razões baseadas no prejuízo financeiro sofrido pelo empregador em caso de contratação de uma mulher grávida, durante o período da sua licença por maternidade.

13 Por outro lado, a circunstância de a gravidez ser equiparada à doença e de as disposições da Ziektewet e do Ziekengeldreglement no respeitante ao reembolso dos subsídios diários relacionados com a gravidez não serem idênticas não pode ser considerada como implicando uma discriminação em razão do sexo, na acepção da directiva. Por último, na medida em que a recusa de contratação feita pelo empregador com base nas consequências financeiras da ausência devida à gravidez constitui uma discriminação directa, não há que examinar a questão de saber se disposições de direito nacional como as acima mencionadas exercem uma pressão tal sobre o empregador que o incitam a recusar contratar uma mulher grávida e ocasionam, deste modo, uma discriminação na acepção da directiva.

14 Resulta das considerações precedentes que há que responder à primeira questão prejudicial que um empregador viola directamente o princípio da igualdade de tratamento referido nos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da Directiva 76/207 do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, se se recu-

sar a celebrar um contrato de trabalho com uma candidata que ele considerara apta para exercer a actividade em questão, quando essa recusa se baseie nas possíveis consequências, prejudiciais para o empregador, da contratação de uma mulher grávida, consequências essas que resultam das normas adoptadas pelas autoridades públicas em matéria de incapacidade para o trabalho, que equiparam a incapacidade para o trabalho por gravidez e parto à incapacidade por doença.

Quanto à segunda questão

15 Através da segunda questão, o Hoge Raad pergunta se a circunstância de nenhum candidato do sexo masculino se ter apresentado para o lugar a preencher seria susceptível de alterar a resposta à primeira questão.

16 O VJV sustenta que se deve responder afirmativamente à segunda questão, porque não se trata do efeito discriminatório de uma medida abstracta, mas de uma decisão concreta de um empregador de não contratar um determinado candidato. Quando um empregador faz uma escolha entre candidatos de sexo exclusivamente feminino, a sua escolha não pode originar uma discriminação em razão do sexo, uma vez que em tal caso o empregador é guiado por outras considerações de natureza financeira ou de gestão.

17 A este respeito, convém recordar que a resposta à questão de saber se a recusa de contratar uma mulher constitui uma discriminação directa ou indirecta depende da razão dessa recusa. Quando essa razão reside na circunstância de a interessada estar grávida, a decisão está directamente ligada ao sexo do candidato. Nessas condições, a ausência de candidatos masculinos não pode ter incidência na resposta dada à primeira questão prejudicial.

18 Assim, deve responder-se à segunda questão prejudicial que o facto de não ter havido qualquer candidato do sexo masculino para o lugar a preencher não é susceptível de alterar a resposta à primeira questão.

Quanto à terceira questão

19 A terceira questão destina-se a saber se os artigos 2.° e 3.° da directiva se opõem a que uma acção de indemnização baseada na violação do princípio da igualdade de tratamento só possa ser julgada procedente se se provar, além disso, que houve culpa do empregador e que ele não pode beneficiar de qualquer causa de exclusão da sua responsabilidade.

20 Tanto E. Dekker como os governos neerlandês e britânico consideram que, uma vez provada a violação do princípio da igualdade de tratamento, tal basta para responsabilizar o empregador.

21 Por seu turno, o VJV salienta que a distinção que é feita, nas duas partes da terceira questão prejudicial, entre a culpa imputável ao empregador e a eventual ausência de uma causa de exclusão da sua responsabilidade, está parcialmente ligada ao direito nacional, aplicável no processo principal, que prevê consequências jurídicas diferentes consoante o caso. Considera que a directiva permite unicamente responder à questão de saber se uma violação do princípio da igualdade de tratamento pode ser justificada num caso determinado.

22 Há que salientar a este respeito que a directiva, nos n.os 2 a 4 do artigo 2.°, prevê excepções ao princípio da igualdade de tratamento enunciado no n.° 1 desse artigo, mas não subordina de modo nenhum a responsabilidade do autor de uma discriminação à prova de culpa ou à ausência de qualquer causa de exclusão da responsabilidade.

23 O artigo 6.° da directiva reconhece às vítimas de discriminação a existência de direitos que podem ser invocados judicialmente. Se uma aplicação completa da directiva não impõe uma forma determinada de sanção em caso de violação da proibição de discriminação, ela implica, em contrapartida, que essa sanção seja susceptível de assegurar uma protecção jurisdicional efectiva e eficaz (acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann, n.° 23, 14/83, Recueil, p. 1891). Deve, além disso, ter um efeito dissuasivo real relativamente ao empregador.

24 Há que observar que, se a responsabilidade de um empregador por violação do princípio da igualdade de tratamento estivesse sujeita à prova de culpa que lhe fosse imputável e à ausência de qualquer causa de exclusão de responsabilidade reconhecida pelo direito nacional aplicável, o efeito destes princípios seria muito enfraquecido.

25 Daqui resulta que, quando a sanção escolhida pelo Estado-membro se insere no âmbito de um regime de responsabilidade civil do empregador, a violação da proibição de discriminação deve ser suficiente para desencadear, só por si, a responsabilidade total do seu autor, sem que possam ser invocadas as causas de exclusão previstas pelo direito nacional.

26 Consequentemente, há que responder que, embora a Directiva 76/207 deixe aos Estados-membros, para punir a violação da proibição de discriminação, a liberdade de escolherem entre as diferentes soluções adequadas à realização do seu objectivo, ela implica contudo que, quando um Estado-membro escolha uma sanção que se insira num regime de responsabilidade civil, qualquer violação da proibição de discriminação basta, só por si, para responsabilizar plenamente o seu autor, sem que se possam ter em consideração as causas de exclusão da responsabilidade previstas pelo direito nacional.

Quanto à quarta questão

27 Tendo em consideração a resposta dada à terceira questão prejudicial, não há que responder à quarta questão.

Quanto às despesas

28 As despesas efectuadas pelos governos neerlandês e britânico, bem como pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, em relação às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

decidindo sobre as questões que lhe foram submetidas pelo Hoge Raad der Nederlanden, por acórdão de 24 de Junho de 1988, declara:

1) **Um empregador viola directamente o princípio da igualdade de tratamento referido nos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, se se recusar a celebrar um contrato de trabalho com uma candidata que ele considerara apta para exercer a actividade em questão, quando essa recusa se baseie nas possíveis consequências, prejudiciais para o empregador, da contratação de uma mulher grávida, consequências essas que resultam das normas adoptadas pelas autoridades públicas em matéria de incapacidade para o trabalho, que equiparam a incapacidade para o trabalho por gravidez e parto à incapacidade por doença.**

2) **O facto de não ter havido qualquer candidato do sexo masculino para o lugar a preencher não é susceptível de alterar a resposta à primeira questão.**

3) **Embora a Directiva 76/207 deixe aos Estados-membros, para punir a violação da proibição de discriminação, a liberdade de escolherem entre as diferentes soluções adequadas à realização do seu objectivo, ela implica contudo que, quando um Estado-membro escolha uma sanção que se insira num regime de responsabilidade civil, qualquer violação da proibição de discriminação basta, só por si, para responsabilizar plenamente o seu autor, sem que se possam ter em consideração as causas de exclusão da responsabilidade previstas pelo direito nacional.**

Due Moitinho de Almeida Rodríguez Iglesias

Díez de Velasco Slynn Kakouris Grévisse

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 8 de Novembro de 1990.

O secretário

J.-G. Giraud

O presidente

O. Due