zação 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. O facto de não ter havido qualquer candidato do sexo masculino para o lugar a preencher não é relevante.

2. 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, por si só, para responsabilizar plenamente o seu autor, sem que se possam ter em consideração as causas de exclusão de responsabilidade previstas pelo direito nacional.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo C-177/88 *

I — Quadro jurídico

A — *A Directiva 76/207/CEE*

Nos termos do seu artigo 1.°, n.° 1, a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70) (a seguir «directiva») tem em vista a realização, 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.

O artigo 2.°, n.° 1, da directiva dispõe:

«O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.»

O n.° 3 deste artigo dispõe, no entanto, que a directiva «não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher,

* Língua do processo: neerlandês.

nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade».

O artigo 3.°, n.° 1, esclarece que o princípio da igualdade de tratamento assim definido é aplicável às condições de acesso, incluindo os critérios de selecção a empregos ou postos de trabalho, seja qual for o sector ou o ramo de actividade. Nos termos do n.° 2 do mesmo artigo, os Estados-membros são obrigados a adoptar as medidas necessárias a fim de que:

«a) sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento;

b) sejam nulas, anuláveis ou possam ser revistas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figuram em convenções colectivas ou em contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes;

c) ...»

Por último, o artigo 9.°, n.° 1, primeiro parágrafo, prevê, no que se refere às disposições atrás referidas, que os Estados-membros devem adoptar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para darem cumprimento à directiva no prazo de trinta meses a contar da sua notificação, isto é, até 12 de Agosto de 1978.

B — *O direito nacional*

A «Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen» (lei neerlandesa relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres: lei de 1 de Março de 1980, Stbl. 1980, 86) visa adaptar a legislação neerlandesa à Directiva 76/207. Nos termos do seu artigo 1.°, foi aditado ao «Burgerlijke Wetboek» (código civil neerlandês) o novo artigo 1637*ij*. Nos termos desse artigo:

«O empregador não pode fazer qualquer diferenciação, quer directa quer indirectamente, entre homens e mulheres, por referência, nomeadamente, ao estado matrimonial ou familiar aquando da celebração do contrato de trabalho, no âmbito da formação profissional, no respeitante às condições de trabalho...

O disposto na primeira frase do n.° 1 do presente artigo não se aplica quando se trate de cláusulas relativas à protecção da mulher, nomeadamente em matéria de gravidez e de maternidade.

O disposto na primeira frase do n.° 1 do presente artigo não se aplica quando se trate de cláusulas que tenham por objectivo colocar os trabalhadores de um determinado sexo numa posição privilegiada a fim de eliminar as desigualdades de facto.

...»

O artigo 3.°, n.° 1, da mesma lei dispõe:

«Num anúncio de oferta de emprego ou aquando do exame das candidaturas a um emprego vago, não é permitido fazer uma diferenciação entre homens e mulheres, quer directa quer indirectamente, por referência, nomeadamente, ao estado matrimonial ou familiar. A proibição constante do presente artigo não é aplicável nos casos em que o sexo é determinante.»

O artigo B2 da «Algemene Burgerlijke Pensioenwet» [lei geral respectiva às pensões de reforma da função pública (a seguir «ABP»): lei de 6 de Janeiro de 1966, Stbl. 6] prevê que os membros do pessoal do ensino especial são funcionários na acepção dessa lei (embora, quanto ao restante, tenham o estatuto de empregado na acepção do direito privado).

O decreto real de 19 de Dezembro de 1967 (Stbl. 683), adoptado nos termos do artigo B13 da ABP, diz respeito ao regime dos direitos de determinados grupos de funcionários na acepção da ABP em caso de incapacidade para o trabalho por motivo de doença ou de invalidez.

Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, «o trabalhador que esteja incapacitado para exercer as suas funções por motivo de doença recebe o seu salário completo durante o mês de calendário durante o qual ocorreu a incapacidade e durante o ano a seguir a esse mês. Recebe, em seguida, 80 % do seu salário».

Nos termos do artigo 3.° do referido decreto, após as alterações introduzidas pelo decreto real de 24 de Dezembro de 1975 (Stbl. 767):

«1. Para efeitos do presente decreto, são equiparadas à incapacidade por doença a incapacidade por gravidez e parto, bem como a invalidez.

2. Em qualquer caso, considera-se que a trabalhadora grávida está incapacitada para o trabalho por motivo de gravidez a partir da sexta semana que precede a data presumível do parto indicada em atestado emitido por um/a médico/a ou um/a parteiro/a.

3. A trabalhadora, depois do parto, é, em qualquer caso, considerada incapacitada para o trabalho por motivo de parto durante pelo menos seis semanas após o dia do parto.»

Nos termos do disposto no artigo 14.° desse decreto:

«As disposições do presente decreto não são aplicáveis aos trabalhadores que beneficiem do estatuto do pessoal do Estado, provincial ou comunal, que lhes confira direitos em caso de incapacidade para o trabalho por motivo de doença ou de invalidez; também não são aplicáveis aos trabalhadores de organismos cujo regime próprio de direitos em caso de incapacidade para o trabalho por motivo de doença ou invalidez confira a esses trabalhadores direitos que não sejam menos vantajosos do que aqueles que para eles decorrem da aplicação do presente decreto.»

Segundo o acórdão de reenvio, o risco de incapacidade para o trabalho por doença dos trabalhadores do VJV é assumido obrigatoriamente pela fundação «Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs» (Fundo de Cobertura dos Riscos das Prestações Sociais do Ensino Especial — a seguir «Risicofonds»). Esta fundação reembolsa os seus filiados (os empregadores individuais) no caso de um segurado «adoecer» e ser abrangido pelas condições previstas pelo regulamento interno do Risicofonds relativo aos subsídios diários por doença (o «Ziekengeldreglement»). O artigo 6.° do Ziekengeldreglement («não pagamento dos subsídios») dispõe que:

«A direcção pode recusar, no todo ou em parte, o pagamento dos subsídios diários de doença a um filiado:

a) na hipótese de o segurado não estar apto a exercer as suas funções na data de entrada em vigor do seguro;

b) na hipótese de o segurado ter ficado incapacitado para exercer as suas funções nos seis meses posteriores à entrada em vigor do seguro, se, no momento da entrada em vigor desse seguro, o estado de saúde do interessado deixasse prever a ocorrência dessa incapacidade nos seis meses subsequentes;

...»

Há que observar que o disposto no artigo 6.° do Ziekengeldreglement difere do artigo 44.° da Ziektewet (lei neerlandesa relativa ao seguro de doença), que, regra geral, impõe o regime de seguro aplicável aos empregados do sector privado e nos termos do qual E. Dekker estava segurada no emprego que ocupava antes de se candidatar ao emprego no VJV. Embora o artigo 44.°, n.° 1, alínea a), primeiro e segundo travessões, da Ziektewet constitua uma disposição análoga à do artigo 6.° do Ziekengeldreglement, o artigo 44.°, n.° 1, alínea b), dispõe:

«Em caso de gravidez iniciada antes da entrada em vigor do seguro ou no caso de parto ocorrido no prazo de seis meses depois da entrada em vigor do seguro; o disposto no período anterior não é aplicável quando o seguro, incluindo os seguros anteriores da segurada, não tenha sido interrompido durante mais de 60 dias no decurso do período de gravidez...»

Tendo em consideração a redacção da terceira questão apresentada pelo Hoge Raad, convém também ter presentes os termos dos artigos 1401.° e 1402.° do código civil neerlandês. O artigo 1401.° do referido código dispõe que «aquele que ilicitamente causar um prejuízo a outrem é obrigado a indemnizar o lesado», enquanto o artigo 1402.° dispõe que «cada um é responsável pelo prejuízo que tenha causado não apenas pela sua actuação, mas ainda pela sua negligência ou imprudência».

II — Factos e tramitação processual

Em Junho de 1981, E. Dekker candidatou-se a um lugar de educadora no centro de formação para jovens adultos gerido pelo VJV. Em 15 de Junho de 1981, informou a comissão encarregada do exame das candi-

daturas de que estava grávida de três meses. Embora esta comissão, apesar disso, a tenha proposto à direcção do VJV como a candidata mais apta a exercer a função, E. Dekker foi informada, por carta de 10 de Julho de 1981, de que não seria contratada.

Essa carta invocava, como motivo da recusa, a circunstância de ela estar já grávida no momento da candidatura e esclarecia que a justificação económica da recusa era a de que, segundo as informações recolhidas pelo VJV, este último não obteria o pagamento dos subsídios diários durante a ausência de E. Dekker por motivo da gravidez e do parto. Por isso, o VJV seria obrigado a pagar a E. Dekker durante o primeiro ano 100 % e, durante o segundo ano, 80 % do último salário recebido, sem que pudesse recuperar essas importâncias do Risicofonds. Por conseguinte, o VJV ficaria na impossibilidade financeira de contratar um substituto, o que eventualmente provocaria, além disso, uma perda de efectivos.

Tendo o Arrondissementsrechtbank e o Gerechtshof de Amesterdão negado provimento à acção de E. Dekker visando obter a condenação do VJV no pagamento de uma indemnização por «lucros cessantes», esta última interpôs recurso do acórdão do Gerechtshof.

O Hoge Raad, considerando que o processo suscita questões relativas à interpretação da Directiva 76/207 que podem influenciar a interpretação da lei neerlandesa de transposição, bem como da legislação já existente, apresentou, por acórdão de 24 de Junho de 1988, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, as seguintes questões ao Tribunal de Justiça:

«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?»

O acórdão do Hoge Raad deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 30 de Junho de 1988.

Nos termos do artigo 20.° do Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CEE, foram apresentadas observações escritas: por E. Dekker, recorrente no processo principal, representada por Van Dijk, advogado em Haia; pelo VJV, recorrido no processo principal, representado por J. L. de Wijkerslooth, landesadvocaat; pelo Governo do Reino Unido, representado por J. A. Gensmantel, do Treasury Solicitor's Department, na qualidade de agente; pelo Governo neerlandês, representado por E. F. Jacobs, secretário-geral no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente; e pela Comissão das Comunidades Europeias, representada por K. Banks e B. J. Drijber, membros do seu Serviço Jurídico, na qualidade de agentes.

Com base no relatório do juiz relator, ouvido o advogado-geral, o Tribunal decidiu, em 7 de Junho de 1989, dar início à fase oral sem instrução. No entanto, solicitou por escrito ao Governo neerlandês que lhe apresentasse, o mais tardar até 15 de Julho de 1989, uma cópia integral do Ziekengeldreglement, o que foi feito no prazo estabelecido.

III — Observações escritas apresentadas ao Tribunal

Quanto à primeira questão (existência de discriminação directa ou indirecta)

E. Dekker alega que os dois primeiros órgãos jurisdicionais decidiram que havia, em princípio, violação da lei relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, encontrando o Rechtbank uma infracção ao artigo 1637ij do código civil neerlandês (inserido pelo artigo 1.° dessa lei) e encontrando o Gerechtshof de Amesterdão uma infracção ao artigo 3.° dessa mesma

lei. No entanto, esses órgãos jurisdicionais negaram provimento ao pedido de indemnização pela razão de que o empregador tinha invocado uma causa de exclusão que retirava à violação da lei o seu carácter de ilicitude. Ora, o facto de normas fixadas pelos poderes públicos equipararem o impedimento de exercer uma actividade por motivo de doença e o impedimento por motivo de gravidez e de parto não retira à referência feita pelo empregador à gravidez da candidata a sua natureza de referência ligada ao sexo desta última. As disposições regulamentares apenas prevêem a existência de direitos análogos em benefício dos trabalhadores que, por diferentes motivos, se encontrem na impossibilidade de exercer a sua actividade profissional.

No caso de um impedimento por motivo de doença, o poder de recusa do Risicofonds pode afectar tanto os homens como as mulheres. O prejuízo que decorre de uma recusa de concessão do subsídio diário por motivo de gravidez e de parto é um prejuízo que só pode afectar os trabalhadores do sexo feminino. O empregador que invoca esse prejuízo excepciona, portanto, um impedimento que só pode existir em relação a um sexo e, portanto, estabelece uma diferença que é proibida pela directiva.

E. Dekker observa que os órgãos jurisdicionais nacionais não responderam à questão de saber se uma referência à gravidez envolve uma discriminação directa ou indirecta. Embora a doutrina a considere uma discriminação indirecta, como o exemplo, citado pela directiva, de discriminação indirecta por referência à situação familiar, E. Dekker considera que essa referência envolve uma discriminação directa. Com efeito, no caso em apreço, não se trata precisamente de situações familiares que serão criadas a seguir à gravidez, mas do estado ligado ao sexo e que é constituído pela impossibilidade de exercer uma actividade profissional por motivo de licença de gravidez e de parto.

Se se entender que a referência à gravidez deve ser considerada uma discriminação indirecta, E. Dekker observa que não se pode admitir que a discriminação feita pelo empregador era objectivamente justificada, uma vez que este último recusou imediatamente a candidata depois de ter conhecimento de que o Risicofonds tinha o poder de recusar a prestação, o que é contrário aos princípios da necessidade e da proporcionalidade em direito comunitário. Aliás, o empregador não fez qualquer diligência para verificar se o poder de recusa seria exercido, tal como não se esforçou para evitar a utilização desse poder de recusa ou para prevenir as consequências prejudiciais de um eventual exercício desse poder de recusa.

E. Dekker considera, por último, que as consequências que o empregador podia esperar não eram de tal modo sérias que fosse necessário, por esse motivo, afastar o interesse que ela tem em relação ao respeito do princípio da igualdade de tratamento.

O *VJV* considera, em contrapartida, que há que responder negativamente à primeira questão do Hoge Raad. Depois de ter dado certas indicações sobre a noção «hora de prestação» no contexto neerlandês e sobre a relação desta última com o efectivo em pessoal de uma organização como o VJV, expresso em número de lugares do quadro, o VJV expõe que, na sua opinião, a recusa de celebrar um contrato com uma candidata não constitui, na acepção da directiva, uma discriminação directa ou indirecta pelo simples facto de o candidato ser uma mulher.

Mesmo quando uma candidata apresente as aptidões necessárias ao lugar que ela pretende, um empregador pode ter razões perfeitamente válidas para não lhe oferecer um contrato de trabalho (por exemplo, se ela exigir um salário demasiado elevado). É apenas quando a recusa do empregador assenta exclusiva ou designadamente no facto de não desejar que o emprego seja ocupado por uma mulher, sem que possa ser invocado um motivo legítimo de justificação, que essa recusa constitui uma discriminação directa ou indirecta. A necessidade de tomar em consideração a razão do empregador é demonstrada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça: ver os acórdãos de 31 de Março de 1981, Jenkins (96/80, Recueil, p. 911), de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Colect., p. 1607), de 11 de Junho de 1987, Teuling (30/85, Colect., p. 2497), e de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651).

No caso em apreço, o VJV não ofereceu o emprego a E. Dekker, não por ela ser mulher, nem por estar grávida, mas porque o segurador do VJV o tinha informado de que, em caso de licença de gravidez e no caso de posterior incapacidade para o trabalho eventualmente ligada à gravidez e ao parto, o Risicofonds poderia recusar qualquer indemnização. Isso teria como consequência que o VJV não poderia contratar um substituto, e esse facto poderia, por força da aplicação da regulamentação de subvenção, comprometer seriamente a continuidade da actividade e das oportunidades de trabalho asseguradas pelo VJV.

Assim, o elemento determinante era o risco financeiro que o VJV correria ao contratar E. Dekker. Embora seja um facto que existe um nexo entre a gravidez de E. Dekker e a decisão de não a contratar, esse nexo constituía, para o VJV, um dado que se situava totalmente fora da sua esfera de influência. Aliás, o VJV não procurou um argumento que lhe permitisse essencialmente impedir a contratação de uma mulher (grávida), uma vez que os factos considerados pelo Hoge Raad demonstram que o VJV estava disposto a aceitar a ausência de E. Dekker durante o período da sua licença por maternidade. O único problema que se colocava era o de saber se, durante esse período, um substituto de E. Dekker podia ser remunerado.

Em primeiro lugar, o *Governo neerlandês* contesta a interpretação da regulamentação em causa aparentemente aceite pelas duas partes no processo principal. Na sua opinião, uma vez que os regimes como o gerido pelo Risicofonds não devem conduzir a que os empregados tenham menos direitos do que aqueles de que beneficiariam por força do regime de seguro geralmente aplicável, o poder do Risicofonds de recusar os subsídios diários a E. Dekker não teria efeito obrigatório. Além disso, considera que a equiparação da maternidade ao impedimento para exercer uma actividade por motivo de doença só é válido no respeitante ao direito à prestação.

Relativamente à resposta a dar à primeira questão prejudicial, o Governo neerlandês considera que o facto de não se contratar uma mulher pela razão de que está grávida equivale a praticar uma diferença de tratamento entre homens e mulheres. Uma diferença de tratamento em razão da maternidade está, além disso, de tal modo ligada ao sexo que há que falar em diferença de tratamento directa.

O *Governo britânico* considera que as disposições conjugadas do artigo 3.°, n.° 1, e do artigo 2.°, n.° 1, da directiva impedem que se recuse um emprego a uma mulher pela

razão de que não está em condições de trabalhar ou deixará de o estar, quando esse emprego não teria sido recusado a um homem pelo mesmo motivo. O alcance da directiva não vai além disso — em especial, não impõe que se conceda um tratamento mais favorável a uma mulher, porque está grávida ou porque vai ausentar-se devido à gravidez ou ao parto, do que aquele de que teria beneficiado um homem que se encontrasse em circunstâncias similares. No entanto, embora a directiva não exija um tratamento mais favorável, o artigo 2.°, n.° 3, permite contudo aos Estados-membros preverem disposições em benefício específico das mulheres em matéria de gravidez ou de parto, autorizando assim uma derrogação à finalidade geral da directiva, que é a de concretizar a igualdade de tratamento. O Governo britânico propõe, assim, que se responda à primeira questão prejudicial nos seguintes termos:

«É unicamente na medida em que não teria recusado um contrato de trabalho a um candidato do sexo masculino depois de chegar à conclusão de que o candidato não estava em estado de trabalhar ou deixaria de o estar por motivo de doença, que, ao recusar celebrar um contrato de trabalho com uma candidata que considerara apta para o exercício da actividade em questão, por ter chegado à conclusão de que, devido à sua gravidez, a candidata não está ou deixará de estar em condições para trabalhar, um empregador age em violação do princípio da igualdade de tratamento referido no artigo 2.°, n.° 1, e no artigo 3.°, n.° 1, da directiva. No entanto, o artigo 2.°, n.° 3, permite que um Estado-membro adopte disposições legais que proíbam ao empregador recusar contratar uma candidata porque, devido à sua gravidez, não está em condições de trabalhar ou deixará de o estar. Estas disposições não necessitam de revisão nos termos do artigo 5.°, n.° 2 (da directiva). No entanto, se um Estado-membro não adoptar essas disposições, a Directiva 76/207/CEE não lhe impõe que as adopte.»

A *Comissão*, tendo explicado os factos bem como a tramitação processual perante os órgãos jurisdicionais nacionais e comentado a legislação nacional em causa, observa em primeiro lugar que as questões apresentadas pelo Hoge Raad podem ser directamente relacionadas com o artigo 1401.° do código civil neerlandês. Com efeito, para que haja responsabilidade extracontratual é necessário, nomeadamente, que haja um acto ilícito, o que seria o caso na hipótese de uma violação da lei sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. A questão de saber se houve essa violação depende da interpretação a dar a essa lei. Visto que ela dá cumprimento à directiva, as suas disposições devem ser interpretadas à luz desta última (ver acórdão de 11 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann, 14/83, Recueil p. 1891, e acórdão de 10 de Abril de 1984, Harz, 79/83, Recueil, p. 1921).

No entanto, a Comissão põe em questão se se trata verdadeiramente, no caso em apreço, de uma questão de direito comunitário. Segundo a matéria de facto, o VJV desistiu de contratar E. Dekker porque a regulamentação nacional, por um lado, equipara a gravidez à doença e, por outro, confere à direcção do Risicofonds o poder de recusar o pagamento de subsídios por doença quando um trabalhador está incapacitado para o trabalho durante seis meses devido a uma «doença» previsível na data de entrada em vigor do seguro.

A Comissão retira daí a conclusão de que a regulamentação nacional, ou pelo menos a sua aplicação na época dos factos em causa, não era conforme com o princípio da igualdade de tratamento enunciado pela directiva. Uma vez que só as mulheres podem estar grávidas, a regra dos seis meses é susceptível de afectar mais as mulheres do que os homens. Além disso, uma vez que essa regra é principalmente aplicável em casos de novos empregos que não foram precedidos por um emprego com o mesmo regime de seguro, é legítimo pressupor que ela atinge sobretudo jovens trabalhadores que, quando se trate de mulheres, tendo em conta a sua idade, têm probabilidades de ter crianças. Quer se trate ou não, no caso vertente, de uma discriminação directa, a regulamentação, de qualquer modo, tem o efeito de uma discriminação indirecta, o que é contrário à obrigação imposta aos Países Baixos no artigo 3.°, n.° 2, *ab initio* e alínea a), da directiva. Daqui decorre que o verdadeiro problema no caso em apreço está relacionado com o próprio direito nacional e não com os actos do empregador.

No respeitante às obrigações que incumbem ao empregador por força da directiva, a Comissão verifica que a regulamentação nacional não lhe impõe uma obrigação determinada. Ela deixa-lhe a liberdade de tomar em consideração ou não a sua aplicação, impondo ao mesmo tempo um ónus financeiro ao empregador que, não obstante as suas disposições, respeite a proibição de discriminação em razão do sexo.

Poder-se-á então pôr a questão de saber se se pode exigir que o empregador ou ignore totalmente essa regulamentação nacional discriminatória ou a ponha em causa em juízo por incompatibilidade com a directiva ou com a lei sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. O resultado desse processo seria, no entanto, muito incerto e, acima de tudo, essa exigência equivaleria a impor ao empregador uma obrigação que incumbe ao Estado. Isto parece ir contra o que o Tribunal decidiu no acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723), uma vez que isso equivaleria a impor directamente obrigações ao empregador.

Por fim, a Comissão considera que compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se a razão invocada pelo empregador para derrogar o princípio da igualdade de tratamento se explica efectivamente pelo incumprimento do Estado que consiste em não transpor total e correctamente a directiva.

Quanto à segunda questão (incidência da ausência de candidatos masculinos)

E. Dekker considera que, no seu caso, se está em presença de uma diferença que é proibida porque a referência à sua gravidez está directamente ligada ao seu sexo. Por isso, o impedimento invocado pelo empregador para a contratar nunca teria podido afectar um homem. A directiva visa, portanto, a proibição de toda espécie de critérios susceptíveis de dizer respeito exclusivamente (diferença directa) ou quase exclusivamente (diferença indirecta) a um dos sexos aquando do recrutamento ou da selecção no mercado do emprego. Além disso, afirmar que a presença de candidatos do outro sexo era indispensável suscita problemas de processo insuperáveis, uma vez que, para se saber se pessoas do outro sexo apresentaram a sua candidatura, se depende inteiramente de informações que deveriam ser prestadas pelo recorrido.

Segundo o *VJV*, a segunda questão exige uma resposta afirmativa. Não se trata do efeito discriminatório de uma medida *in abstracto*, mas de uma decisão concreta de um empregador de não contratar um determinado candidato. O artigo 2.°, n.° 1, e o artigo 3.°, n.° 1, da directiva proíbem qualquer discriminação em razão do sexo; pelo que, quando, para ocupar uma determinada função, um empregador efectue uma escolha entre candidatos de sexo exclusivamente feminino, a tomada dessa decisão não pode constituir uma discriminação em razão do sexo. Nesse caso, o empregador só pode deixar-se conduzir na sua escolha por considerações financeiras ou de gestão. O facto de saber que uma determinada candidata estará ausente do trabalho sem que seja possível substituí-la, quando esse não é o caso de uma outra candidata, pode conduzir a que seja dada preferência a essa outra candidata, o que não tem nada a ver com uma discriminação em razão do sexo.

O *Governo neerlandês* considera que não é importante que não haja candidatos masculinos. O próprio motivo da recusa (baseado no sexo da interessada) infringe a proibição de uma diferença de tratamento, independentemente das circunstâncias de facto no caso considerado, sendo essas circunstâncias apenas relevantes para a questão de saber se se trata de uma diferença de tratamento indirecta.

O *Governo britânico* considera que o facto de não ter havido candidatos do sexo masculino não ocasiona qualquer diferença, na condição de a candidata poder provar que um candidato do sexo masculino com aptidões comparáveis teria beneficiado de um tratamento mais favorável.

A *Comissão* considera que nada se altera se apenas mulheres apresentarem a sua candidatura ao emprego, uma vez que é a razão da decisão do empregador que é determinante. A rejeição por motivo de gravidez de uma mulher candidata constitui em relação a essa mulher uma discriminação em razão do sexo, uma vez que uma recusa por esse motivo só pode, por definição, ser feita a uma mulher.

Quanto à terceira questão (eventual necessidade de culpa do empregador ou causa de exclusão da responsabilidade deste último)

E. Dekker deduz dos termos da directiva que, uma vez que o princípio da igualdade de tratamento proíbe que se tratem menos favoravelmente as mulheres do que os homens, não se pode admitir que os empregadores possam continuar a fazer uma distinção pela razão de as consequências da igualdade de tratamento serem demasiado desfavoráveis. Este princípio implica, em contrapartida, que o empregador corra o risco de sofrer um prejuízo financeiro e compete ao empregador precaver-se, se for caso disso, contra as consequências prejudiciais daí decorrentes.

O *VJV* pensa, por seu turno, que não é fácil responder à terceira questão, uma vez que a distinção que é feita entre a questão n.° 3, alínea a), e a questão n.° 3, alínea b), está parcialmente ligada ao direito nacional aplicável ao caso em apreço, que estabelece uma diferença entre as causas de justificação (que suprimem o carácter ilícito de uma acção) e as causas de exclusão (que eliminam a responsabilidade e a obrigação de reparação), ao passo que a directiva não faz essa distinção. A directiva permite unicamente responder à questão de saber se uma violação do princípio da igualdade de tratamento pode ser justificada num determinado caso,

independentemente da questão de saber se essa justificação constitui uma causa de exclusão ou uma causa de justificação face às regras de direito nacional.

O artigo 2.°, n.os 2 a 4, é dirigido aos Estados-membros e introduz esclarecimentos quanto à sua competência regulamentar. Todavia, não exclui que um empregador individual possa invocar uma justificação que lhe permita derrogar o princípio da igualdade de tratamento fora dos casos previstos por esses números. Não se pode, de boa fé, fazer suportar a um empregador individual as consequências de uma regulamentação em vigor nos Países Baixos que, em matéria de prestações de seguro, equipara doença e gravidez, quando essas consequências podem comprometer seriamente a continuidade da actividade e das oportunidades de trabalho que ele assegura.

O *Governo neerlandês* considera que, para dar provimento a um pedido baseado na violação do princípio da igualdade de tratamento, não é necessário que haja culpa ou, eventualmente, ausência de justificação por parte do empregador. A directiva não contém qualquer indício nesse sentido, e a admissão desses elementos comprometeria gravemente o objectivo prosseguido pela directiva.

O *Governo britânico* considera que, se for provado que houve violação do princípio da igualdade de tratamento em detrimento da candidata que foi recusada, não é necessário que haja também culpa imputável ao empregador para decidir favoravelmente um pedido de indemnização baseado nessa violação. O mesmo se passa quanto à alegação, pelo empregador, de uma causa de exclusão da responsabilidade. Em contrapartida, se se verificar uma das hipóteses previstas no artigo 2.°, n.os 2 a 4, da directiva, não há, de facto, qualquer violação do princípio da igualdade de tratamento.

A *Comissão* observa que, na sua opinião, se o empregador infringe o princípio da igualdade de tratamento, é incompatível com a directiva subordinar a sua responsabilidade a uma condição suplementar. Ou efectivamente há violação desse princípio (e o direito nacional deve prever as sanções adequadas), ou efectivamente não há violação (e não há necessidade de sanções).

Relativamente à razão económica que exclua eventualmente a responsabilidade do empregador, a Comissão considera que o problema está em saber se o prejuízo económico real ou eventual para o empregador constitui para ele uma causa que o autorize a derrogar o princípio da igualdade de tratamento, matéria sobre a qual o Tribunal ainda não teve ocasião de se pronunciar no contexto da directiva aqui em causa. Referindo-se à jurisprudência do Tribunal relativa à Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174) (ver o acórdão de 11 de Junho de 1987, Teuling, atrás referido), bem como aos acórdãos proferidos a propósito do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos (ver nomeadamente os acórdãos de 21 de Março de 1981, Jenkins, atrás referido, e de 13 de Maio de 1986, Bilka, atrás referido), a Comissão conclui que razões que se expliquem por factores objectivamente justificados e alheios a qualquer discriminação em razão do sexo não vão contra o princípio da igualdade de tratamento no respeitante ao acesso ao trabalho, e isso apesar do facto de a proibição de discriminação em razão do sexo fazer parte dos direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário (ver acórdão de 15 de Junho de 1978, Defrenne,

149/77, Recueil, p. 1365). Segundo a Comissão, é ao órgão jurisdicional nacional que compete determinar se a decisão do empregador corresponde a esses critérios.

Quando à quarta questão (extensão dos riscos que se considera que o empregador deve correr)

E. Dekker sublinha que esta questão pressupõe uma resposta afirmativa à terceira questão, o que não pode ter outro alcance senão o de admitir que se invoquem situações específicas de força maior. Ora, a força maior deve ser de natureza tal que a celebração de um contrato de trabalho se torne um acto vazio de sentido. Mesmo que haja a firme certeza de que se produzirão efectivamente as consequências que o empregador teme, a sua responsabilidade não pode ser afastada, dado que o empregador é obrigado a suportar essas consequências. Concluir de modo diferente equivaleria a fazer suportar aos trabalhadores, considerados individualmente, as consequências prejudiciais, do ponto de vista prático e financeiro, do princípio da igualdade de tratamento.

Para o *VJV,* a base de uma resposta à quarta questão é dada pelo acórdão do Tribunal de 15 de Maio de 1986, Johnston, atrás referido, e compete ao órgão jurisdicional nacional decidir se as razões em que o VJV se baseou são efectivamente procedentes e justificam a medida concretamente adoptada de velar pelo respeito do princípio da proporcionalidade e de verificar se a recusa de celebrar o contrato poderia ter sido evitada. O VJV considera, no entanto, que esse acórdão vai demasiado longe ao exprimir-se em termos tão genéricos e ao exigir que um empregador tenha a total garantia de que a prestação será recusada ou de que serão perdidos postos de trabalho e que o empregador tenha feito todos os possíveis para evitar tais consequências. O VJV alega que se deve exigir apenas do empregador que se informe devidamente da posição do segurador e que verifique convenientemente o conteúdo das regras de subvenção, tendo em consideração o facto de que o empregador deve também decidir um processo de contratação com uma certa diligência, tanto no interesse dos candidatos como no da sua própria organização.

O *Governo neerlandês* não tomou posição de modo expresso sobre a resposta a dar a esta questão, e o *Governo britânico* limita-se a observar que ela não se coloca se se responder à terceira questão do modo que sugere.

A *Comissão* considera que a resposta à quarta questão prejudicial pode ser encontrada, em princípio, por aplicação dos critérios enunciados pelo Tribunal no processo Bilka, atrás referido. No caso em apreço, pode considerar-se que a recusa de um empregador de celebrar um contrato de trabalho com uma candidata que tinha considerado apta e que está provado encontrar-se grávida não constitui uma violação proibida do princípio da igualdade de tratamento quando essa recusa seja objectivamente justificada e o juiz nacional verificar que essa recusa serve um interesse económico superior da empresa e que é necessária para esse efeito. No respeitante ao primeiro elemento, convém tomar em consideração os interesses da empresa enquanto entidade económica, interesses que podem englobar os interesses dos (outros) trabalhadores. No respeitante ao segundo elemento, trata-se de determinar se o mesmo objectivo não poderia ser alcançado por uma medida menos radical, sendo esta última condição uma aplicação do princípio da proporcionalidade.

À luz de tudo o que precede, a Comissão propõe ao Tribunal de Justiça que responda às quatro questões do Hoge Raad do seguinte modo:

«Um empregador do sector privado não age em violação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres enunciado nos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho quando o Estado-membro em questão não tenha transposto correctamente a referida directiva para o direito interno e se verifique que o acto do empregador, contra o qual uma candidata ao emprego apresenta queixa invocando o referido princípio, é explicado por essa omissão do Estado-membro.»

G. Slynn
Juiz relator