JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
21 päivänä marraskuuta 2002 [1]

1. Arbeitsgericht Lübeck (Saksa) on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle EY 234 artiklan nojalla kaksi ennakkoratkaisukysymystä direktiivin 76/207/ETY [2] tulkinnasta sen selvittämiseksi, onko naispuolisella työntekijällä, joka on hoitovapaalla, velvollisuus ilmoittaa työnantajalle olevansa raskaana silloin kun hän pyytää saada palata työhönsä ennen hoitovapaan päättymistä, kun otetaan huomioon, että raskauden vuoksi hän ei kykene suorittamaan tiettyjä niistä tehtävistä, jotka kuuluvat hänen työhönsä.

I Pääasian tosiseikat

2. Pääasian kantaja Wiebke Busch on sairaanhoitaja, ja hän on työskennellyt huhtikuusta 1998 lähtien vastaajan, Klinikum Neustadt GmbH & Co Betriebs-KG:n palveluksessa.

Hänen ensimmäinen lapsensa syntyi kesäkuussa 2000, ja hänelle myönnettiin kolmen vuoden mittainen hoitovapaa. Lokakuussa 2000 hän tuli uudestaan raskaaksi, ja 30.1.2001 hän pyysi kirjallisesti saada palata työtehtäviinsä esittämättä minkäänlaisia varauksia työvuorojen osalta. Useiden henkilöstöpäällikön ja kantajana olevan työntekijän välisten puhelinkeskustelujen jälkeen yritys päätti sijoittaa hänet yksikköön, jossa oli 39 vuodepaikkaa ja kolme sairaanhoitajaa kullakin työvuorolla, ja jossa oli paikka vapaana ja joka oli täytettävä mahdollisimman pian.

3. Vastaaja vastasi 22.3.2001 myöntävästi Buschin pyyntöön lopettaa hoitovapaansa kysymättä häneltä, oliko hän raskaana. Busch aloitti työskentelyn 9.4.2001, mutta ilmoitti seuraavana päivänä työnantajalleen olevansa seitsemännellä kuulla raskaana. Syynä työhön paluulle oli hoitovapaan ajalta maksettavaa avustusta määrältään suuremman äitiysavustuksen sekä työnantajan suorittaman lisän saaminen.

1 — Alkuperäinen kieli: espanja.

2 — Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 39, s. 40).

4. Mutterschutzgesetzin (laki äitiyden suojelusta) 3 §:n 2 momentin perusteella kantajan äitiysloman piti alkaa 23.5.2001. Vastaaja määräsi Buschin palaamaan kotiin 11.4. ja totesi, että työhön palaamista koskevaa suostumusta ei voitu pitää pätevänä, koska sitä oli johdettu harhaan ja se oli näin erehtynyt työntekijän olennaisen ominaisuuden osalta. Tämän lain 4 §:n 2 momentissa säädetyn kiellon perusteella se katsoi, että Buschia ei voitu pitää täysin työkykyisenä työntekijänä.

5. Busch totesi yksikkönsä sairaanhoitajan työn koostuvan seuraavista tehtävistä: liikuntakyvyttömien potilaiden nostaminen ruokailua varten, huonokuntoisten potilaiden pesu, potilaiden asennon vaihtaminen työtoverin avustuksella, rokotusten valmistaminen ja antaminen. Hän väitti suorittaneensa ensimmäisen raskautensa aikana tavanomaiset työtehtävänsä sekä hallinnolliset tehtävät. Hänen mukaansa hän olisi voinut työskennellä äitiysloman alkamiseen asti, koska minkäänlaista estettä tähän ei ollut ennen 23.5.2001 senkään vuoksi, että kyseisessä sairaalassa vuoteiden siirtämisestä sairaalan tiloissa vastasi erityinen yksikkö.

Kantaja vaati, että vastaaja suorittaa hänelle 4 181,77 DEM (2 138,11 euroa) maksamattomina palkkoina ja 3 258,50 DEM (1 666,04 euroa) äitiysavustuksen lisänä.

6. Vastaaja kieltäytyi suorittamasta näitä summia sillä perusteella, että työntekijän olisi pitänyt ilmoittaa sille raskaudestaan ennen työhön palaamista. Koska kyseessä on määräaikainen työsuhde (9.4.—23.5.2001), raskautta oli pidettävä sen mukaan työntekijän olennaisena ominaisuutena, josta tietämättömänä työnantaja oli erehtynyt.

7. Asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, että Busch ei voinut kyseisellä ajanjaksolla osallistua hallinnollisten työtehtävien suorittamiseen.

II Kansallinen lainsäädäntö [3]

8. Äitiyden suojelusta annetun lain 3 §:n mukaan raskaana olevat naiset saavat työskennellä aina kuudenteen viikkoon asti ennen synnytystä, elleivät he nimenomaisesti ilmoita voivansa työskennellä tätä kauemmin.

3 — Tiedot ovat peräisin komission kirjallisista huomautuksista.

Tämän lain 4 §:n 1 momentin mukaan heille ei saa osoittaa fyysisesti raskaita työtehtäviä tai tehtäviä, joissa he saattavat altistua terveydelle haitallisten aineiden, pölyn, kaasun tai höyryjen, kuumuuden, kylmyyden, kosteuden, tärinän tai melun vahingollisille vaikutuksille. Tämän pykälän 2 momentissa kielletään se, että heille annetaan tehtäviä, joissa on nosteltava, liikuteltava tai kuljetettava ilman teknisiä apuvälineitä yli 5 kg:n tai satunnaisesti yli 10 kg:n painoisia esineitä.

Lain 11 §:ssä säädetään sellaisen raskaana olevan työntekijän palkkauksesta, johon kohdistuu jokin laissa tarkoitetuista kielloista. Sen tapauksen varalta, että työntekijällä ei ole oikeutta äitiysavustukseen ja työntekijän on kokonaan tai osittain lopetettava työnteko, on työnantajan suoritettava hänelle raskautta edeltäneiden 13 viikon tai kolmen kuukauden keskipalkkaa vastaava vastike.

Lain 13 §:n mukaan ne naispuoliset työntekijät, jotka kuuluvat sairausvakuutusjärjestelmään, saavat avustusta äitiysloman ajan 25 DEM (12,78 euroa) päivässä. Lain 14 §:n mukaan tähän avustukseen oikeutetut henkilöt saavat työnantajaltaan lisän, joka on suuruudeltaan 25 DEM:n ja päivittäisen keskipalkan, josta on tehty lakisääteiset vähennykset, välinen erotus.

9. Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaubin (kotihoidontuesta ja hoitovapaasta annettu liittovaltion laki) 5 §:ssä tuen määräksi vahvistetaan 600 DEM [4] (306,78 euroa) kuukaudessa. Tämän lain 7 §:n mukaan lapsen syntymän jälkeen äitiysavustus korvautuu hoitovapaan aikana maksettavalla kotihoidontuella.

Lain 16 §:n mukaan työntekijän, joka haluaa jäädä hoitovapaalle, on esitettävä tätä koskeva hakemus työnantajalleen vähintään neljä viikkoa ennen sen aloittamista ja rajattava hakemuksessaan hoitovapaan kesto. Työntekijä voi lopettaa hoitovapaan ennen sen päättymistä tai jatkaa sitä työnantajansa suostumuksella. Työnantajan harkintavalta on tältä osin täysin vapaa. [5]

10. Bürgerliches Gesetzbuchin (liittovaltion siviililaki) 123 §:ssä säädetään, että tahdonilmaisu, jonka antamiseen henkilö on oikeudenvastaisesti pakotettu tai petollisesti vietelty, voidaan peruuttaa.

4 — Avustuksen määrästä on säädetty 1.1.2001 alkaen siten, että avustuksensaajan tulojen ja hänen valintansa mukaan se on joko 900 DEM (460,16 euroa) kuukaudessa lapsen ensimmäisen elinvuoden ajan tai 600 DEM kuukaudessa lapsen kahden ensimmäisen elinvuoden ajan.

5 — Tätä säännöstä muutettiin ja täydennettiin siten, että 1.1.2001 alkaen työnantaja ei voi kieltäytyä antamasta suostumustaan siihen, että työntekijä päättää hoitovapaansa ennenaikaisesti toisen lapsen syntymän vuoksi, ellei kyse ole yrityksen asianmukaiseen toimintaan liittyvä pakottava syy. Sitä vastoin työntekijä ei voi kieltäytyä hoitovapaasta äitiyslomaa vastaavalla ajanjaksolla. Näitä uudistuksia ei kuitenkaan sovelleta pääasiassa kyseessä oleviin tosiseikkoihin tämän lain 24 §:n 1 momentissa olevan siirtymäsäännöksen vuoksi.

Tämän lain 119 §:n 1 momentin mukaan tahdonilmaisunsa voi peruuttaa myös se, joka on tahdonilmaisua antaessaan erehtynyt sen sisällöstä tai joka ei olisi antanut sitä, jos olisi ollut tietoinen siihen vaikuttavista seikoista ja kyennyt arvioimaan sitä niiden perusteella. Tämän pykälän 2 momentin mukaan tällaisesta erehtymisestä on kyse myös silloin kun erehdys koskee henkilön tai esineen ominaisuuksia, joita yleisesti pidetään olennaisina.

III Ennakkoratkaisukysymykset

11. Arbeitsgericht Lübeck, jonka käsiteltävänä asia on, päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sukupuoleen perustuvaa syrjintää se, että naisen, joka haluaa lyhentää aloittamaansa hoitovapaata työantajansa suostumuksella, on ilmoitettava työnantajalleen tiedossaan olevasta uudesta raskaudestaan ennen kuin sopimus työhön palaamisesta tehdään, kun hän ei voi hoitaa tehtäviään täysipainoisesti työskentelyn ensimmäisestä päivästä alkavan, tiettyjä hänen toimeensa kuuluvia tehtäviä koskevan työskentelykiellon vuoksi?

2) Jos vastaus ensimmäiseen kysymykseen on myöntävä, onko direktiivissä 76/207/ETY tarkoitettua sukupuoleen perustuvaa syrjintää se, että työnantajalla on oikeus kyseessä olevissa olosuhteissa peruuttaa hoitovapaan lyhentämistä koskeva suostumuksensa sillä perusteella, että tämä ei ollut tietoinen työntekijän raskaudesta?"

IV Yhteisön oikeussäännöt

12. Kysymyksiin vastaaminen edellyttää tiettyjen direktiivin 76/207/ETY säännösten tulkintaa.

"*2 artikla*

1. Tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan jäljempänä, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella.

— —

3. Tämän direktiivin estämättä saadaan soveltaa säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella."

"5 artikla

1. Tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltamisella työoloihin, palvelussuhteen lakkauttamisen perusteet mukaan lukien, tarkoitetaan, että miehille ja naisille on taattava samat ehdot ilman sukupuoleen perustuvaa syrjintää."

V Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

13. Saksan hallitus ja komissio ovat esittäneet kirjalliset huomautuksensa yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 20 artiklassa tarkoitetussa määräajassa.

Vastaajan edustaja ja komissio esittivät suulliset huomautuksensa 23.10.2002 pidetyssä suullisessa käsittelyssä.

VI Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

14. Kansallinen tuomioistuin haluaa tällä kysymyksellään selvittää sen, onko direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 3 kohdan ja 5 artiklan 1 kohdan vastaista, että naispuolinen työntekijä, joka haluaa työnantajansa suostumuksella lyhentää hoitovapaataan, velvoitetaan ilmoittamaan työnantajalleen olevansa raskaana ennen kuin työhön palaamisesta on sovittu, silloin kun hän ei raskaudentilansa vuoksi kykene suorittamaan kaikki työtehtäviään, koska niiden suorittamiseen kohdistuu lakisääteinen kielto heti ensimmäisestä työpäivästä alkaen.

A *Huomautuksia esittäneiden osapuolten kannat*

15. Busch katsoo, että vaatimus ilmoittaa raskaudesta ennen työhön palaamista merkitsee sukupuoleen perustuvaa syrjintää, koska ainoastaan nainen voi tilansa vuoksi olla estynyt suorittamasta tiettyjä tehtäviä. Työnantaja ei voi kiistää antamansa suostumuksen pätevyyttä erehtymisen perusteella, koska se ei ollut kysynyt kantajalta, oliko hän raskaana. Esittämällä, että kyseessä on henkilön olennaisia ominaisuuksia koskeva virhe, työnantaja syyllistyy syrjintään, koska naispuolisen henkilön olennaisiin ominaisuuksiin ei kuulu se, että hän ei ole raskaana. Todellisuudessa kantaja olisi kyennyt suorittamaan suurimman osan tehtävistään, koska niiden

tehtävien suorittamiseen, joihin kielto kohdistuu, kuluu vain muutama minuutti kustakin täydestä työpäivästä. Hänet olisi voitu vapauttaa näistä tehtävistä sen sijaan, että hänen ei sallittu lainkaan työskennellä.

16. Pääasian vastaaja väittää, että työtehtävät, joita kyseinen työntekijä ei saanut suorittaa, muodostivat suuren osan tehtävistä, joista työ koostuu. Se katsoo, että kyseessä ei ole syrjintä, koska työsopimusta ei ole irtisanottu ja koska kuuden viikon mittainen työskentelyjakso rinnastetaan määräaikaiseen työsuhteeseen, jonka aikana työntekijä oli kykenemätön suorittamaan tehtäviään. Työsopimukseen, johon perustuvista velvoitteista vain päävelvoitteet keskeytyvät hoitovapaan ajaksi, kuuluvan lojaliteettivelvollisuuden perusteella Buschin olisi pitänyt ilmoittaa, että hän ei kykene raskautensa vuoksi hoitamaan potilaita. Jos kyseessä olisi syrjintä, sitä olisi pidettävä perusteltuna, koska säännökset, joilla rajoitetaan naisten työskentelyä tietyissä olosuhteissa, on annettu äitiyden suojeluun liittyvien päämäärien toteuttamiseksi.

17. Saksan hallitus pitää erillään toisistaan sen tilanteen, jossa syrjintä liittyy raskaana olevan naisen työhön pääsyyn tai irtisanomiseen, ja sen tilanteen, jossa hänellä jo on toistaiseksi voimassa oleva työsopimus, jonka pätevyyttä ei ole asetettu kyseenalaiseksi. Työsuhteen alussa ei naispuolista työntekijää voida vaatia ilmoittamaan raskaudestaan, jotta voitaisiin välttyä hänen asettamiseltaan epäedulliseen asemaan. Saksan hallituksen mukaan Buschin vaatimus ei koske tasa-arvoisuutta miesten kanssa, vaan hän pyrkii saamaan taloudellisen edun suhteessa niihin raskaana oleviin työntekijöihin, jotka jatkavat hoitovapaataan, mikä puolestaan voidaan Saksan hallituksen mukaan rinnastaa oikeuden väärinkäyttöön.

18. Komission mukaan se, että työnantaja on kieltäytynyt sallimasta naispuolisen työntekijän palata tehtäviinsä ennen hoitovapaan päättymistä hänen raskautensa vuoksi, on direktiivin 76/207/ETY vastaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Kun kyseessä on toistaiseksi tehty työsopimus, ei ole tarpeen selvittää sitä, onko työntekijä kykenemätön suorittamaan äitiysloman alkua edeltävällä ajanjaksolla kaikki ne työtehtävät, joita hänen toimeensa kuuluu, koska lakisääteinen kielto on poikkeus yleisestä syrjintäkiellon periaatteesta. Koska raskaus ei ole peruste, jonka työnantaja voisi ottaa huomioon, koska tämä olisi syrjivää, merkitystä ei ole sillä, onko naispuolinen työntekijä ilmoittanut raskaudestaan.

B *Vastaus ennakkoratkaisukysymykseen*

19. Vanhempainlomasta tehty puitesopimus[6] on toimialaltaan yleisten työmarkki-

6 — Tehty Brysselissä 14.12.1995.

najärjestöjen (UNICE, CEEP ja EAY) välinen sopimus vähimmäissäännösten laatimiseksi tämän tyyppisen hoitovapaan osalta työ- ja perhe-elämän yhteensovittamiseksi sekä yhtäläisten mahdollisuuksien tarjoamiseksi miehille ja naisille. Sopimus todettiin sovellettavaksi jäsenvaltioissa Yhdistynyttä kuningaskuntaa lukuun ottamatta 3.6.1996 annetulla direktiivillä 96/34/EY [7] sosiaalipolitiikasta tehdyn sopimuksen [8] 4 artiklan 2 kohdan perusteella. Tämän kohdan perusteella työmarkkinaosapuolet voivat yhteisesti vaatia yhteisön tasolla tehtyjen sopimusten täytäntöönpanoa päätöksellä, jonka neuvosto tekee komission ehdotuksesta. Vanhempainlomasta tehdyn puitesopimuksen määräysten täytäntöön panemiselle kansallisissa oikeusjärjestyksissä asetettu määräaika päättyi 3.6.1998. [9]

20. Sopimuksen ensimmäisen lausekkeen mukaan sopimuksessa esitetään vähimmäismääräykset, joiden tarkoituksena on helpottaa työssäkäyvien vanhempien työhön ja perheeseen liittyvien velvollisuuksien yhteensovittamista. Sen neljännen lausekkeen mukaan jäsenvaltiot voivat soveltaa tai ottaa käyttöön tässä sopimuksessa määrättyjä suotuisampia määräyksiä. Sopimuksessa ei rajoiteta oikeutta vanhempainlomaan sellaisiin työntekijöihin, joiden työsuhde on voimassa toistaiseksi.

21. Sopimuksen toisen lausekkeen 7 kohdan nojalla jäsenvaltiot ja/tai työmarkkinaosapuolet määrittelevät työsopimusta tai työsuhdetta koskevat järjestelyt vanhempainloman ajaksi. On selvää, että vaikka sopimuspuolten pääasialliset velvoitteet jätettiinkin avoimiksi, sopimus on edelleen voimassa, eli sopimuksen toisen lausekkeen 5 kohdan mukaisesti vanhempainloman päättyessä työntekijällä on oikeus palata takaisin aiempaan työhönsä, tai jos tämä on mahdotonta, vastaavaan tai samankaltaiseen työhön.

22. Vanhempainloman kesto määritellään vähintään kolmeksi kuukaudeksi tietyn iän ja korkeintaan kahdeksan ikävuoden välillä. Työntekijän palaamisesta työhön ennen hänelle myönnetyn vanhempainloman päättymistä ei kuitenkaan ole minkäänlaisia säännöksiä. Tämän vuoksi edellytyksistä, joiden täyttyessä ennenaikainen paluu työhön on mahdollista, päätetään kussakin jäsenvaltiossa joko lainsäädäntöteitse tai työehtosopimuksin.

Kotihoidontuesta ja hoitovapaasta Saksassa annetun lain, sellaisena kuin se oli voimassa tosiseikkojen tapahtumahetkellä,

7 — UNICE:n, CEEP:n ja EAY:n tekemästä vanhempainlomaa koskevasta puitesopimuksesta 3 päivänä kesäkuuta 1996 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 145, s. 4).

8 — Sopimus sosiaalipolitiikasta muiden Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden kuin Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneen kuningaskunnan kesken, pöytäkirja N:o 14, joka liitettiin Euroopan yhteisöjen perustamissopimukseen Maastrichtissa 7.2.1992 tehdyllä sopimuksella Euroopan unionista. Sosiaalipolitiikasta tehdyn sopimuksen säännökset on otettu Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 117—120 artiklaan (joista on tullut EY 136—143 artikla) 2.10.1997 tehdyllä Amsterdamin sopimuksella, joka tuli voimaan 1.5.1999.

9 — Tätä direktiiviä muutettiin ja se laajennettiin koskemaan Yhdistynyttä kuningaskuntaa 15.12.1997 annetulla neuvoston direktiivillä 97/75/EY (EYVL 1998, L 10, s. 24), jossa säädetään määräajasta direktiivin täytäntöön panemiseksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Tämä määräaika päättyi 15.12.1999.

mukaan työntekijän palaaminen työhön ennen myönnetyn hoitovapaan päättymistä edellytti ainoastaan työnantajan vapaaseen harkintaan perustuvaa suostumusta.

23. Direktiivissä 76/207/ETY säädetään miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa. [10] Sen 5 artiklassa säädetään, että periaatteen soveltamisella työoloihin tarkoitetaan, että miehille ja naisille on taattava samat ehdot ilman sukupuoleen perustuvaa syrjintää.

Työntekijäasemaan kuuluu oikeus vanhempainlomaan, ja työsopimus pysyy voimassa tämän vapaan ajan. Tämän vuoksi asianomaisen henkilön ennen hoitovapaan päättymistä tapahtuvalle työhön palaamiselle asetetut edellytykset ovat osa työsuhteen ehtoja ja näin niihin on sovellettava direktiivin säännöksiä, mistä seuraa, että ne eivät voi vaihdella työntekijän sukupuolesta riippuen.

24. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö, joka koskee direktiivillä 76/207/ETY vahvistetun tasa-arvoisen kohtelun periaatteen tulkintaa, on suhteellisen laaja niiden asioiden osalta, joissa kyse on ollut raskaana olevien työntekijöiden työsuhteeseen perustuvista oikeuksista. Tähän asti sukupuoleen perustuvana välittömänä syrjintänä on pidetty sitä, että työnantaja on jättänyt ottamatta palvelukseensa raskaana olevan työntekijän [11] tai irtisanonut [12] tai kieltäytynyt uudistamasta määräaikaista työsopimusta [13] työntekijän raskauden perusteella. Vastaavalla tavalla syrjiväksi on katsottu raskaana olevan työntekijän irtisanominen sellaisten poissaolojen vuoksi, jotka ovat johtuneet raskauteen perustuvasta kykenemättömyydestä tehdä työtä. [14] Yhteisöjen tuomioistuin ei ole koskaan pitänyt tällaista syrjintää hyväksyttävänä sellaisten syiden perusteella, jotka liittyvät sille yritykselle aiheutuviin taloudellisiin menetyksiin, jonka palveluksessa raskaana oleva työntekijä on äitiysloman tai raskauden ajan.

Tämän oikeuskäytännön mukaisesti, koska sukupuoleen perustuvaa syrjintää koskeva kielto on ehdoton, tämä kielto velvoittaa viranomaisia, minkä lisäksi se koskee myös kaikkia palkkatyöhön sovellettavia työ-

10 — Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 19 päivänä joulukuuta 1978 annetussa neuvoston direktiivissä 79/7/ETY (EYVL L 6, s. 24) säädetään periaatteen sisällöstä, laajuudesta ja soveltamissäännöistä sosiaaliturvan alalla.

11 — Asia 177/88, Dekker, tuomio 8.11.1990 (Kok. 1990, s. I-3941, Kok. Ep. X, s. 579) ja asia C-207/98, Mahlburg, tuomio 3.2.2000 (Kok. 2000, s. I-549).

12 — Asia C-32/93, Webb, tuomio 14.7.1994 (Kok. 1994, s. I-3567, Kok. Ep. XVI, s. I-35) ja asia C-109/00, Tele Danmark, tuomio 4.10.2001 (Kok. 2001, s. I-6993).

13 — Asia C-438/99, Jiménez Melgar, tuomio 4.10.2001 (Kok. 2001, s. I-6915).

14 — Asia C-394/96, Brown, tuomio 30.6.1998 (Kok. 1998, s. I-4185). Tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuimen täysistunto oikaisi kuudennen jaoston asiassa C-400/95, Larsson, 29.5.1997 antamaa tuomiota (Kok. 1997, s. I-2757). Ks. näissä asioissa antamani ratkaisuehdotukset.

ehtosopimuksia sekä yksityisten välisiä sopimuksia. [15] Tämä kielto koskee myös työnantajan yksipuolisia päätöksiä palveluksessaan olevan henkilöstön suhteen. [16]

25. Buschin osalta kyse ei ole palvelukseen ottamisesta tai irtisanomisesta, vaan siitä, millä tavoin työsuhteeseen perustuvia oikeuksia käytetään ja siihen perustuvia velvollisuuksia noudatetaan. Kuten on jo todettu, direktiivin 76/207/ETY säännöksissä kielletään se, että työnantaja käyttää työntekijän oikeuksia loukkaavan päätöksen perusteena sitä, että työntekijä on raskaana. Näin ollen, jos asianomaisen henkilön raskaus on perusteena sille, että työnantaja kieltäytyy hyväksymästä hänen palaamistaan työhön ennen hoitovapaan päättymistä, kyseessä on direktiivin 5 artiklan 1 kohdan vastainen sukupuoleen perustuva välitön syrjintä, koska työhön palaamista koskevat edellytykset ovat työsuhteen ehtoja, joita on sovellettava samalla tavoin miehiin ja naisiin, kun taas raskaus on fyysinen tila, joka koskee vain naisia.

Koska työnantaja ei voi ottaa huomioon raskautta tehdessään päätöstä työhön palaamisesta uhalla, että se syyllistyy sukupuoleen perustuvaan välittömään syrjintään, työntekijän raskautta on pidettävä irrelevanttina seikkana työnantajan kannalta, mistä seuraa, että naisella ei ole velvollisuutta ilmoittaa sille olevansa raskaana.

26. Tämän lisäksi yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltävänä on ollut asia, joka koski työsuhteen purkamista raskauden vuoksi toteamalla työsopimus pätemättömäksi, koska työntekijän olennaisissa ominaisuuksissa oli puute, joka perustui lakisääteiseen yötyön kieltoon [17] ja asia, jossa oli kyse kiellosta tehdä työsopimusta raskaana olevan naisen kanssa, koska häneen kohdistui lakisääteinen kielto suorittaa kyseisiä tehtäviä. [18] Nämä kiellot perustuivat, kuten Buschin tapauksessa, äitiyden suojelusta Saksassa annettuun lakiin.

27. Näissä kahdessa asiassa annetussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin painotti sitä, että erilainen kohtelu ei perustunut suoraan naisen raskauteen, vaan lakisääteiseen kieltoon työskennellä raskaana, mikä sallitaan direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 3 kohdassa, koska tämän kohdan nojalla saadaan soveltaa sellaista kieltoa, joka koskee naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella.

15 — Asia C-33/89, Kowalska, tuomio 27.6.1990 (Kok. 1990, s. I-2591, 12 kohta); asia C-184/89, Nimz, tuomio 7.2.1991 (Kok. 1991, s. I-297, 11 kohta) ja asia C-281/97, Krüger, tuomio 9.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5127, 20 kohta).

16 — Asia C-333/97, Lewen, tuomio 21.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7243, 26 kohta).

17 — Asia, C-421/92, Habermann-Beltermann, tuomio 5.5.1994 (Kok. 1994, s. I-1657).

18 — Em. asia Mahlburg.

Tästä huolimatta yhteisöjen tuomioistuin katsoi ensin mainitussa asiassa, että välitöntä syrjintää, kuten toistaiseksi tehdyn työsopimuksen irtisanomista, joka johtuu työsopimuksen pätemättömäksi katsomisesta tai peruuttamisesta raskauden vuoksi, ei voida perustella sillä, että raskauteen liittyvä lakisääteinen kielto estää väliaikaisesti naispuolista työntekijää tekemästä yötyötä.

Jälkimmäisessä asiassa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että raskaana olevan naisen suojelua koskevien säännösten soveltaminen ei saa johtaa naispuolisten työntekijöiden epäedulliseen kohteluun työnsaantimahdollisuuksien osalta, eli työnantaja ei voi kieltäytyä tekemästä työsopimusta raskaana olevan työnhakijan kanssa sillä perusteella, että häntä ei voida raskautensa vuoksi siitä hetkestä ja siihen asti kun äitiysloma alkaa osoittaa toistaiseksi voimassa olevaan työsuhteeseen perustuvaan tehtävään, joka on täytettävä, ja lisäsi, että kieltäytymistä ei voida perustella työnantajalle aiheutuvilla taloudellisilla menetyksillä, jotka johtuvat siitä, että palvelukseen otettu naispuolinen työntekijä ei voi raskautensa aikana suorittaa kyseessä olevia tehtäviä.

28. Buschiin hänen raskautensa vuoksi kohdistuva kielto on samanlainen, vaikkakin lievempi kuin se, joka kohdistui Habermann-Beltermanniin ja Mahlburgiin. Se perustuu lakiin äitiyden suojelusta, joka kuuluu soveltamisalaan direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 3 kohdassa. Tässä säännöksessä jäsenvaltioille annetaan valta harkintansa mukaan toteuttaa sosiaalipoliittiset toimenpiteet varmistaakseen direktiivissä tarkoitetulla tavalla naisten suojelun erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella sekä kompensoidakseen työpaikan säilyttämisestä aiheutuvia tosiasiallisia haittoja, jotka kohdistuvat ainoastaan naisiin. [19]

Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että naisille 2 artiklan 3 kohdan mukaisesti annettujen oikeuksien toteuttaminen ei saa johtaa naisten epäedulliseen kohteluun työhönotossa eikä työehdoissa ja että tässä mielessä direktiivillä tavoitellaan todellista eikä muodollista tasaarvoa. [20]

29. Pääasian vastaaja väittää, että Buschin palaaminen työhönsä kyseessä olevassa tilanteessa olisi syrjivää suhteessa muihin naispuolisiin työntekijöihin, jotka jatkavat hoitovapaataan, vaikka ovatkin raskaana.

30. Tätä väitettä on vaikea hyväksyä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vuoksi, koska sen mukaan on kyse syrjinnästä silloin kun erilaisia sään-

19 — Asia 184/83, Hofmann, tuomio 12.7.1984 (Kok. 1984, s. 3047, 27 kohta).

20 — Asia C-136/95, Thibault, tuomio 30.4.1998 (Kok. 1998, s. I-2011, 26 kohta).

töjä sovelletaan samanlaisissa tilanteissa tai samaa sääntöä erilaisissa tilanteissa. [21]

Raskaana oleva työntekijä, joka palaa työhönsä ennen hoitovapaan päättymistä, palaa omaan asemaansa, ja hänellä on oikeus palkkaan ja työnantajan suorittamaan äitiysavustuksen lisään. Sitä vastoin työntekijä, joka jatkaa hoitovapaataan raskauden ajan, kuuluu työelämän ulkopuolella olevaan väestöön. Koska tällaiset naispuoliset työntekijät ovat eri tilanteessa, heidän kohtelunsa samalla tavoin olisi yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaista.

31. Vaikka saksalainen tuomioistuin on asiassa, jossa se on esittänyt ennakkoratkaisupyynnön, osoittanut olevansa tietoinen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä tasa-arvoisen kohtelun alalla, ei asioissa Tele Danmark [22] ja Jiménez Melgar [23] ollut vielä annettu tuomioita silloin kun tämä tuomioistuin laati kysymyksensä.

32. Tämä täsmennys on merkityksellinen sen vuoksi, että kansallinen tuomioistuin on tukeutunut joihinkin edellä käsitellyistä tuomioista, jotka on annettu asioissa, joissa oli kyse työhön pääsystä tai toistaiseksi voimassa olevassa työsuhteessa olevan raskaana olevan naisen irtisanomisesta, tuoden esiin päätelmiä, jotka ovat virheellisiä yhteisöjen tuomioistuimen näissä asioissa syksyllä 2001 [24] tekemien, tasa-arvoisen kohtelun periaatetta koskevien tulkintaratkaisujen valossa, joissa se ensimmäisen kerran käsitteli sitä, sovelletaanko tätä periaatetta samalla tavoin silloin, kun kyse on määräaikaisesta työsuhteesta.

Arbeitsgericht Lübeck toteaa ennakkoratkaisupyyntönsä II osan 1 kohdan b alakohdassa kahteen yhteisöjen tuomioistuimen tuomioon viitaten, että niistä "seuraa, että ellei kyseessä ole toistaiseksi voimassa olevan työsuhteen solmiminen, työnantajalla on oikeus kysyä, onko työnhakija raskaana, minkä lisäksi työnhakijalla on velvollisuus ilmoittaa raskaudestaan, vaikkei työnantaja sitä nimenomaisesti kysyisikään". Lisäksi se toteaa, että Busch oli täysin tietoinen siitä, että hän työskentelisi ainoastaan noin 6 viikkoa, minkä vuoksi tilanne on kantajan kannalta sama kuin määräaikaista työsuhdetta aloitettaessa.

Yhteisöjen tuomioistuimen uudemman oikeuskäytännön valossa tämä päättely on täysin virheellinen.

33. Asiassa Tele Danmark annetussa tuomiossa oli kyse siitä, oliko naispuolisen

21 — Asia, C-279/93, Schumacker, tuomio 14.2.1995 (Kok. 1995, s. I-225, 30 kohta); asia C-107/94, Asscher, tuomio 27.6.1996 (Kok. 1996, s. I-3089, 40 kohta); asia C-391/97, Gschwind, tuomio 14.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5451, 21 kohta) ja asia C-411/98, Ferlini, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8081, 51 kohta).

22 — Mainittu edellä.

23 — Mainittu edellä.

24 — Em. asiat Tele Danmark ja Jiménez Melgar.

työntekijän irtisanomista raskauden perusteella pidettävä syrjivänä, kun kyseinen työntekijä oli otettu palvelukseen määräajaksi ja hän oli jättänyt ilmoittamatta raskaudestaan työnantajalleen, vaikka hän oli ollut tietoinen siitä työsopimusta tehtäessä, ja kun hän on raskautensa takia kykenemätön työskentelemään huomattavan osan työsopimuksen kestosta.

34. Yhteisöjen tuomioistuin viittasi asiassa Webb omaksumaansa ratkaisuun,[25] jonka mukaan vaikka työnantajan kannalta työntekijän käytettävissä olo on ehdottomasti olennainen edellytys työsopimuksen asianmukaiselle täyttämiselle, yhteisön oikeudessa naiselle hänen raskautensa aikana ja synnytyksen jälkeen taattu suoja ei saa kuitenkaan olla riippuvainen siitä, onko asianomaisen läsnäolo hänen äitiyslomansa aikana välttämätön yrityksen tehokkaalle toiminnalle. Toisenlaisen tulkinnan seurauksena direktiivin 76/207/ETY säännökset menettäisivät tehokkaan vaikutuksensa.

Lisäksi tuomiossa todettiin, ettei tätä tulkintaa voi muuttaa se, että työsopimus on tehty määräajaksi. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan, koska naispuolisen työntekijän irtisanominen hänen raskautensa perusteella on sukupuoleen perustuvaa välitöntä syrjintää riippumatta sen taloudellisen menetyksen luonteesta ja laajuudesta, joka työnantajalle aiheutuu raskauteen liittyvistä poissaoloista, se, onko työsopimus tehty määräaikaiseksi vai toistaiseksi voimassa olevaksi ei edelleenkään vaikuta siihen, että irtisanominen on luonteeltaan syrjivä. Molemmissa tapauksissa työntekijän kykenemättömyys täyttää työsopimuksen mukaisia velvollisuuksia johtuu hänen raskaudestaan.

35. Eräs asiassa Jiménez Melgar annetussa tuomiossa esitetyistä kysymyksistä koski sitä, että työantaja oli kieltäytynyt uudistamasta raskaana olevan työntekijän määräaikaista työsopimusta. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että vaikka direktiivin 92/85/ETY[26] 10 artiklassa vahvistettua irtisanomiskieltoa voidaan soveltaa sekä määräaikaisiin että toistaiseksi voimassa oleviksi tehtyihin työsopimuksiin, määräaikaisen työsopimuksen uudistamatta jättämistä sen jälkeen, kun sopimus on lakannut sovitun työkauden päättymisen vuoksi, ei voida rinnastaa tässä säännöksessä tarkoitettuun irtisanomiseen. Koska määräaikaisen työsopimuksen uudistamatta jättäminen perustui kuitenkin työntekijän raskauteen, oli sitä pidettävä direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 kohdan ja 3 artiklan 1 kohdan vastaisena sukupuoleen perustuvana välittömänä syrjintänä.

36. Ei voida kieltää sitä, että jos naispuolinen työntekijä ei työhön palattuaan kykene suorittamaan kaikkia työtehtäviään, vaikuttaa tämä yrityksen toimintaan niin organisatorisesti kuin taloudellisestikin. Direktiivin 92/85/ETY 5 artiklassa työnantajalle taataan kuitenkin tietty toimintamarginaali, koska siinä sallitaan

25 — Mainittu edellä.

26 — Toimenpiteistä raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamisen kannustamiseksi työssä 19 päivänä lokakuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi (kymmenes direktiivin 89/391/ETY 16 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu erityisdirektiivi) (EYVL L 348, s. 1).

työnantajan toteuttaa ensin tarpeelliset toimenpiteet työntekijän turvallisuuden tai terveyden vaarantuessa tai kyseisen työntekijän raskauteen tai imetykseen kohdistuvien haittavaikutusten vuoksi kyseisen työntekijän työolojen tai työaikojen väliaikaiseksi muuttamiseksi, ja vasta jos tällaiset toimenpiteet ovat mahdottomia, työnantaja vapauttaa tällaisen työntekijän tehtävistään siksi ajaksi, joka on tarpeen työntekijän suojelemiseksi.

37. Yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut direktiivejä 76/207/ETY ja 92/85/ETY siten, että ne estävät sellaisten kansallisten säännösten soveltamisen, joiden mukaan työnantaja voi katsoessaan, ettei hän voi teettää työtä raskaana olevalla naisella, joka ei kuitenkaan ole työkyvytön, määrätä työnteon lopetettavaksi maksamatta hänelle täyttä palkkaa ilman, että etukäteen tutkittaisiin mahdollisuutta muuttaa työntekijän työoloja tai työaikaa tai mahdollisuutta siirtää hänet toiseen tehtävään. [27]

Tukeutumatta direktiivin 92/85/ETY 5 artiklassa tarjottuihin ratkaisuvaihtoehtoihin pääasian vastaaja päätti vapauttaa työntekijän tehtävistään välittömin vaikutuksin [28] peruuttamalla antamansa suostumuksen hoitovapaan keskeyttämiseen katsoen, että se oli perustunut harhaanjohtamiseen ja erehtymiseen työntekijän olennaisen ominaisuuden osalta.

27 — Asia C-66/96, Høj Pedersen ym., tuomio 19.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7327, 58 ja 59 kohta).

28 — Suullisessa käsittelyssä vastaajan edustaja ilmoitti yhteisöjen tuomioistuimelle, että suurin osa sairaanhoitohenkilökunnasta kyseisessä sairaalassa on naisia ja että työhönoton suunnittelussa otetaan aina huomioon mahdollisuus siitä, että työntekijä saattaa olla raskaana.

38. Joka tapauksessa, kuten komissio on kirjallisissa huomautuksissaan todennut, jäsenvaltioiden tehtävänä on määritellä ne kustannukset, joista työnantaja vastaa ja ne, joista vastataan julkisin varoin rahoittamalla ne verotuloilla yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti, pitäen samalla huolta siitä, että raskaana olevalle naiselle tarjottu suojelu ei saa haitata häntä yksilönä työmarkkinoilla.

39. Tämän lisäksi Arbeitsgericht Lübeckille voidaan esittää muutamia huomioita, jotka ovat merkityksellisiä, koska vaikka se ei olekaan suoraan kysynyt, onko asianomainen naispuolinen työntekijä syyllistynyt oikeuksien väärinkäyttöön, se näyttää kuitenkin pohtivan tätä mahdollisuutta tietyissä ennakkoratkaisupyyntöä koskevan päätöksensä II osan 1 kohdan b alakohdassa esittämissään huomioissa.

Todettakoon ensiksi, että työhön palaaminen ennen hoitovapaan päättymistä on Saksan oikeusjärjestyksessä työntekijän oikeus.

Toiseksi, vaikka työnantaja antoi suostumuksensa työhön palaamiselle maaliskuussa, pyyntö oli esitetty tammikuussa, minkä vuoksi, jos suostumuksen antaminen ei olisi tällä tavoin viivästynyt, työntekijä olisi voinut jatkaa työskentelyään pidempään ennen äitiysloman aloittamista.

Kolmanneksi todettakoon, että vaikka Buschin aikomuksena olisikin ollut suuremman äitiysavustuksen saaminen työnantajan suorittaman lisän avulla, kuin se, jonka hän sai hoitovapaan aikana, ei ole mitään syytä olettaa, että kaikki raskaana olevat naiset, jotka haluavat palata työhön, pyrkisivät tähän. On olemassa muita syitä sille, että naispuolinen työntekijä palaa työhönsä, kuten esimerkiksi mahdollisuus saada täysi palkka muutamalta kuukaudelta ennen synnytystä, se, että lapsi, jonka hoitamiseen hoitovapaata oli pyydetty, ei enää ole äidin hoidettavana, mahdollisuus saada ylennys tai osallistua ammatilliseen koulutukseen.

Lopuksi todettakoon, että kielto suorittaa tiettyjä tehtäviä raskauden aikana kohdistuu ainoastaan naisiin, jotka tekevät työtä, joka altistaa heidät turvallisuudelle tai terveydelle vaarallisille vaikutuksille, missä tapauksessa työnantajan on toteutettava väliaikainen työolojen tai työajan järjestely ja jos tämä ei ole mahdollista, siirrettävä työntekijä toisiin tehtäviin ja vasta viime sijassa vapautettava naispuolinen työntekijä tehtävistään.

40. Esitetyistä syistä on todettava, että direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 3 kohta ja 5 artiklan 1 kohta estävät sen, että naispuolisen työntekijän, joka työnantajansa suostumuksella päättää hoitovapaansa ennen sen päättymistä, olisi ilmoitettava työnantajalleen olevansa raskaana ennen kuin he sopivat työhön palaamisesta, vaikka hän ei raskautensa vuoksi kykene suorittamaan kaikkia työtehtäviä, koska tähän kohdistuu lakisääteinen kielto, jota sovelletaan ensimmäisestä päivästä alkaen.

VII Toinen ennakkoratkaisukysymys

41. Kansallisen tuomioistuimen toinen kysymys koskee sitä, onko direktiivissä 76/207/ETY tarkoitettuna sukupuoleen perustuvana lainvastaisena syrjintänä pidettävä sitä, että työnantajalla on oikeus peruuttaa hoitovapaan lyhentämistä koskeva suostumuksensa sillä perusteella, että tämä ei ollut tietoinen työntekijän raskaudesta.

42. Olen yhtä mieltä komission kanssa kansallisen tuomioistuimen velvollisuudesta tulkita siviilioikeudellisia säännöksiä direktiivin 76/207/ETY ja 92/85/ETY sanamuodon ja tavoitteiden valossa, jotta päästäisiin yhteisön säännöksillä tavoiteltuihin tuloksiin.

On selvää, että koska työnantaja ei voi vedota naispuolisen työntekijän raskauteen kieltääkseen häntä palaamasta työtehtäviinsä ennen hoitovapaan päättymistä, on mahdotonta hyväksyä sitä, että sen jälkeen kun työnantaja on antanut tähän suostumuksensa, hän voisi onnistua tässä vetoamalla Saksan siviililain 123 ja 119 §:ään.

43. Tästä syystä katson, että sitä, että työnantajalla on oikeus peruuttaa tahdonilmaisunsa, jolla se on hyväksynyt raskaana olevan työntekijän hoitovapaan keskeyttämisen, erehdyttyään tämän fyysisen tilan osalta, on pidettävä direktiivissä 76/207/ETY kiellettynä sukupuoleen perustuvana välittömänä syrjintänä.

VIII Ratkaisuehdotus

44. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Arbeitsgericht Lübeckin kysymyksiin seuraavasti:

1) Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 3 kohta ja 5 artiklan 1 kohta estävät sen, että naispuolisen työntekijän, joka työnantajansa suostumuksella päättää hoitovapaansa ennen sen päättymistä, olisi ilmoitettava työnantajalleen olevansa raskaana ennen kuin he sopivat työhön palaamisesta, vaikka hän ei raskautensa vuoksi kykene suorittamaan kaikkia työtehtäviä, koska tähän kohdistuu lakisääteinen kielto, jota sovelletaan ensimmäisestä päivästä alkaen.

2) Sitä, että työnantajalla on oikeus peruuttaa tahdonilmaisunsa, jolla se on hyväksynyt raskaana olevan työntekijän hoitovapaan keskeyttämisen, erehdyttyään tämän fyysisen tilan osalta, on pidettävä direktiivissä 76/207/ETY kiellettynä sukupuoleen perustuvana välittömänä syrjintänä.