DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 3 februari 2000 *

I mål C-207/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Tyskland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Silke-Karin Mahlburg

och

Land Mecklenburg-Vorpommern,

angående tolkningen av artikel 2.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191),

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av P.J.G. Kapteyn (referent), tillförordnad ordförande på sjätte avdelningen, samt domarna G. Hirsch och H. Ragnemalm,

generaladvokat: A. Saggio,
justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— S.-K. Mahlburg, genom advokaten K. Bertelsmann, Hamburg,

— Finlands regering, genom lagstiftningsrådet T. Pynnä, utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom juridiske rådgivaren P. Hillenkamp och M. Wolfcarius, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaten T. Eilmansberger, Bryssel,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 3 juni 1999 av: S.-K. Mahlburg och kommissionen,

och efter att den 7 oktober 1999 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern har genom beslut av den 16 april 1998, som inkom till domstolen den 2 juni samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt en fråga om tolkningen av artikel 2.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40, svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191, nedan kallat direktivet).

2 Frågan har uppkommit i en tvist mellan S.-K. Mahlburg och Land Mecklenburg-Vorpommern med anledning av att sistnämnda part vägrat att ge S.-K. Mahlburg fast anställning med anledning av att hon var gravid och således inte redan från början kunde utföra de uppgifter som tjänsten omfattade.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätt

3 I artikel 2 i direktivet föreskrivs följande:

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

...

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

..."

Tysk rätt

4 I 611 a § i Bürgerliches Gesetzbuch (den tyska civilrättskodifikationen, BGB), som infördes år 1980 för att införliva direktivet med tysk rätt, föreskrivs bland annat följande:

"Arbetsgivaren får inte missgynna en anställd på grund av kön inom ramen för ett avtal eller en åtgärd, i synnerhet vid ingående av anställning, vid befordran, vid undersökning eller uppsägning."

5 De relevanta bestämmelserna i Mutterschutzgesetz av den 24 januari 1952 (tysk lag om skydd för mödrar, *BGBl.* I, s. 315) är 3—5 §§.

6 I 3 § Mutterschutzgesetz föreskrivs följande:

"1) Gravida kvinnor skall inte arbeta om det enligt läkarintyg framgår att moderns eller barnets liv eller hälsa utsätts för fara om modern fortsätter att arbeta.

..."

7 I 4 § Mutterschutzgesetz anges övriga fall av förbud mot arbete och klargörs följande:

"1) Det är förbjudet att anförtro gravida kvinnor fysiskt ansträngande uppgifter och uppgifter som utsätter dem för skadliga verkningar av ämnen eller strålning som kan skada hälsan, damm, gas eller ångor, värme, kyla eller fukt, vibrationer eller buller.

2) Det är i synnerhet förbjudet att anförtro gravida kvinnor

1. uppgifter för vilka det regelbundet är nödvändigt att för hand, utan mekaniska hjälpmedel, lyfta, röra eller flytta föremål som väger mer än 5 kg eller för vilka det är nödvändigt att ibland lyfta föremål som väger mer än 10 kg. Om tyngre föremål måste lyftas, röras eller transporteras för hand, med hjälp av mekaniska hjälpmedel, får den gravida kvinnans fysiska ansträngning inte vara mer betydande än för de uppgifter som angivits i den första meningen,

...

3. uppgifter som tvingar dem att ofta sträcka eller luta sig i betydande omfattning eller att sitta ihopkrupna eller att ständigt stå lutade,

...

6. uppgifter som särskilt innebär, med anledning av deras graviditet, en risk för yrkessjukdom eller som med anledning av denna risk utgör en ökad fara för den blivande modern eller fostret,

...

8. uppgifter som innebär en ökad risk för olyckor, i synnerhet att halka eller falla.

..."

8 I 5 § första stycket i Mutterschutzgesetz föreskrivs följande:

"En gravid kvinna är skyldig att informera sin arbetsgivare om graviditeten och det förväntade nedkomstdatumet från det att hon får kännedom om sitt tillstånd. Hon skall på arbetsgivarens begäran förete ett intyg av läkare eller barnmorska. Arbetsgivaren är skyldig att omedelbart informera tillsynsmyndigheten om den anmälan som erhållits från den blivande modern. Det är förbjudet för arbetsgivaren att informera tredje man utan tillstånd."

Bakgrunden och tvisten vid den nationella domstolen

9 Från den 26 augusti 1994 till den 31 augusti 1995 innehade S.-K. Mahlburg en tidsbegränsad anställning som sjuksköterska vid universitetskliniken för hjärtkirurgi vid Rostocks universitet, för vilken Land Mecklenburg-Vorpommern är huvudman. Sedan februari 1995 har hon försökt erhålla en tillsvidareanställning. S.-K. Mahlburg hade stöd av översköterskan, vilken vid universitetets personalavdelning hade ansökt om att sökandens anställning skulle övergå till en tillsvidareanställning. Efter att ha informerats om att övergång till tillsvidareanställning endast var möjlig om det förelåg en konkret utlyst sådan tjänst, sökte klaganden i målet vid den nationella domstolen den 1 juni 1995 två fasta tjänster som hade utlysts internt.

10 De utlysta tjänsterna skulle tillträdas omedelbart eller så snart som möjligt. Erbjudandena innehöll följande beskrivning:

"— arbetet skall fullgöras såsom skifttjänstgöring inom kirurgsektionens operationsavdelning,

— förberedelse och kontroll enligt instruktion av samtliga sterila föremål och mediciner som behövs för olika slags operationer,

— instrumentassistans vid operation".

11 Dessutom krävdes för en av de utlysta tjänsterna en avslutad utbildning för operationssjuksköterskor eller biträden och för den andra tjänsten en avslutad yrkesutbildning inom sjukvården samt erfarenhet av operation.

12 Den 1 juni 1995, vid tiden för ansökan, var klaganden i målet vid den nationella domstolen gravid. Graviditeten hade konstaterats den 6 april 1995. Den 13 juli 1995 informerade klaganden i målet vid den nationella domstolen skriftligen sin arbetsgivare om att hon var gravid, efter att hos denne ha ansökt om en tillsvidareanställning. Till följd av skrivelsen omplacerades hon internt av motparten i målet vid den nationella domstolen i enlighet med Mutterschutzgesetz. Under den tid som kvarstod av den tidsbegränsade anställningen tjänstgjorde hon därefter inte längre som operationssjuksköterska, utan tilldelades andra sjuksköterskeuppgifter, som inte medförde någon infektionsrisk.

13 Den 18 september 1995 beslutade motparten i målet vid den nationella domstolen att avslå S.-K. Mahlburgs ansökan med följande motivering:

"I de båda tjänstebeskrivningarna anges att tjänsterna skall tillsättas med sjuksköterskor i operationssalar. Att inte beakta ansökningar till dessa tjänster som görs av gravida kvinnor innebär inte diskriminering på grund av graviditet, utan följer av lagstadgade krav. I 3—5 §§ Mutterschutzgesetz förbjuds arbetsgivare uttryckligen att låta gravida kvinnor arbeta inom områden där de kan utsättas för farlig påverkan av skadliga ämnen. Med anledning av dessa lagstadgade förbud kan er ansökan till tjänsten som operationssjuksköterska inte beaktas."

14 Klaganden i målet vid den nationella domstolen ifrågasatte avslaget på hennes ansökan vid Arbeitsgericht Rostock (arbetsdomstolen) och gjorde gällande att vägran att ingå avtal om tillsvidareanställning med henne och skälen därför

innebär en otillåten könsdiskriminering i den mening som avses i 611 a § BGB och i artikel 2 i direktivet.

15 Genom beslut av den 15 april 1997 ogillade Arbeitsgericht Rostock S.-K. Mahlburgs talan. Hon överklagade beslutet till den hänskjutande domstolen, och har där vidhållit sina argument. Motparten har för sin del gjort gällande att vägran att ingå ett anställningsavtal inte utgör otillåten könsdiskriminering, eftersom beslutet att inte ingå avtalet i fråga följer av bestämmelser i Mutterschutzgesetz, vilka förbjuder svaranden att anställa klaganden i målet vid den nationella domstolen på de villkor som gäller för de utlysta tjänsterna. Motparten i målet vid den nationella domstolen anser sig under dessa villkor inte kunna vara skyldig att ingå ett anställningsavtal med henne.

16 Det framgår av handlingarna i målet att Landesarbeitsgericht delar Arbeitsgerichts uppfattning att det av Bundesarbeitsgerichts praxis följer att motparten i målet vid den nationella domstolen inte har åsidosatt den princip om likabehandling av kvinnor och män som avses i 611 a § BGB. Enligt denna praxis utgör 611 a § BGB inte hinder för att en arbetsgivare underlåter att anställa en gravid sökande på grund av att ett arbetsförbud som beror på graviditeten innebär att hon inte redan från början får utföra de arbetsuppgifter som krävs för den tjänst som skall tillsättas.

17 Landesarbeitsgericht har emellertid tillagt att 611 a § BGB, genom vilken direktivet införlivas med tysk rätt, skall tolkas i enlighet med gemenskapsrätten. I det avseendet har den hänskjutande domstolen uttryckt tvivel på att den tolkning av 611 a § BGB som hittills har gjorts är förenlig med artikel 2 i direktivet.

Tolkningsfrågan

18 Under dessa omständigheter beslutade Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern att vilandeförklara målet och att ställa domstolen följande tolkningsfråga:

"Är det fråga om otillåten könsdiskriminering i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om en arbetsgivare inte anställer en sökande på en ledig tillsvidaretjänst, som trots att hon uppfyller kraven för denna tjänst, på grund av att sökanden är gravid och att hon, till följd av det i Mutterschutzgesetz (tysk lag om skydd för mödrar) föreskrivna förbudet att utföra visst arbete, i ett inledningsskede under graviditeten inte får utföra de uppgifter som är förenade med tjänsten?"

Om tolkningsfrågan

19 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 2.1 i direktivet utgör hinder för att neka en gravid kvinna tillsvidareanställning på grund av att ett lagstadgat förbud mot att arbeta i sådant tillstånd hindrar kvinnan i fråga från att under graviditeten tillträda tjänsten med omedelbar verkan.

20 Domstolen erinrar om att det endast är kvinnor som kan nekas anställning på grund av graviditet, varför det om så sker föreligger direkt diskriminering på grund av kön (se domstolens dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker, REG 1990, s. I-3941, punkt 12; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555).

21 Till skillnad från vad som var fallet i domen i det ovannämnda målet Dekker, grundar sig emellertid särbehandlingen i ett fall som det i målet vid den nationella

domstolen inte direkt på den kvinnliga arbetstagarens graviditet, utan följer av ett lagstadgat förbud som är knutet till detta tillstånd.

22 Detta förbud som åläggs genom Mutterschutzgesetz grundas på artikel 2.3 i direktivet, enligt vilken direktivet inte skall påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap.

23 Således skall prövas huruvida direktivet tillåter en arbetsgivare att underlåta att ingå avtal om tillsvidareanställning på grund av att arbetsförbudet för gravida kvinnor hindrar den kvinnliga arbetstagaren från att med omedelbar verkan arbeta på den tjänst som skall tillsättas.

24 Domstolen erinrar i det avseendet om att den redan har fastslagit att en gravid kvinna som anställts på obestämd tid inte kan sägas upp med motiveringen att hon inte uppfyller ett av de väsentliga villkoren i anställningsavtalet. Att arbetstagaren står till förfogande utgör för arbetsgivaren med nödvändighet ett väsentligt villkor för att anställningsavtalet effektivt skall kunna genomföras. Emellertid kan inte det skydd som gemenskapsrätten garanterar en kvinna under graviditeten och efter nedkomsten anses vara beroende av om den berördas närvaro, under den period som mammaledigheten varar, är oundgänglig för driften av det företag vid vilket hon är anställd. En motsatt tolkning skulle beröva direktivets bestämmelser deras ändamålsenliga verkan (se dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb, REG 1994, s. I-3567, punkt 26; svensk specialutgåva, volym 16).

25 Därefter skall påpekas att ett lagstadgat förbud mot nattarbete för gravida kvinnor, som i princip är förenligt med artikel 2.3 i direktivet, inte kan användas som grund för att avsluta ett befintligt avtal om tillsvidareanställning (se i det avseendet dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann, REG 1994, s. I-1657, punkterna 18 och 25). Ett sådant förbud har nämligen endast verkan under en begränsad period i förhållande till hela anställningsperioden (se domen i det ovannämnda målet Habermann-Beltermann, punkt 23).

26 Slutligen har domstolen i sin dom av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault (REG 1998, s. I-2011, punkt 26), fastslagit att utövandet av de rättigheter som kvinnor ges enligt artikel 2.3 inte får medföra att de ges en ofördelaktig behandling i fråga om tillgång till anställning eller i fråga om arbetsvillkor och att direktivet utifrån denna synvinkel har till syfte att leda till en faktisk, och inte formell, jämlikhet.

27 Det framgår av denna rättspraxis att tillämpningen av bestämmelser om skydd för gravida kvinnor inte får leda till ofördelaktig behandling av gravida kvinnor i fråga om tillgång till anställning och att den inte tillåter en arbetsgivare att vägra att anställa en gravid sökande med anledning av att ett arbetsförbud som motiveras av graviditeten förhindrar denne från att från anställningens början och under graviditeten låta den berörda arbeta på den tjänst som tillsvidareanställningen avser och som skall tillsättas.

28 Under det muntliga förfarandet har påpekanden gjorts avseende de ekonomiska konsekvenser som en skyldighet att anställa gravida kvinnor skulle kunna få, i synnerhet för små och medelstora företag.

29 Domstolen har i det avseendet redan slagit fast att det inte är tillåtet att neka någon anställning på grund av graviditet under åberopande av de ekonomiska nackdelar som en arbetsgivare som anställer en gravid kvinna skulle drabbas av under dennas mammaledighet (se domen i det ovannämnda målet Dekker, punkt 12). Samma slutsats måste dras i fråga om den ekonomiska nackdel som orsakas av att den anställda kvinnan inte kan inneha den berörda tjänsten under graviditeten.

30 Svaret på tolkningsfrågan blir således följande. Artikel 2.1 och 2.3 i direktivet utgör hinder för att neka en gravid kvinna tillsvidareanställning på grund av att ett lagstadgat förbud mot att arbeta i sådant tillstånd hindrar kvinnan i fråga från att under graviditeten med omedelbar verkan tillträda tjänsten.

Rättegångskostnader

31 De kostnader som har förorsakats den finska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 16 april 1998 har ställts av Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern — följande dom:

Artikel 2.1 och 2.3 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör hinder för att neka en gravid kvinna tillsvidareanställning på grund av att ett

lagstadgat förbud mot att arbeta i sådant tillstånd hindrar kvinnan i fråga från att under graviditeten med omedelbar verkan tillträda tjänsten.

Kapteyn Hirsch Ragnemalm

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 3 februari 2000.

R. Grass

Justitiesekreterare

J.C. Moitinho de Almeida

Ordförande på sjätte avdelningen