FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO
fremsat den 24. januar 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. A. Stoeckel, som er tiltalt for overtrædelse af artikel L 213-1 i den franske Code du travail (lov om arbejdsforhold), som med visse undtagelser forbyder, at kvinder arbejder om natten, gjorde for Tribunal de police d'Illkirch gældende, at den pågældende bestemmelse var i strid med artikel 5 i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår [1] (herefter benævnt »direktivet«).

Ved dom af 4. oktober 1989 udsatte den forelæggende retsinstans sagen og anmodede Domstolen om at tage stilling til, om direktivets artikel 5 er tilstrækkelig præcis til, at en medlemsstat efter bestemmelsen ikke ved lov kan fastsætte et principielt forbud mod, at kvinder arbejder om natten, således som det er sket ved artikel L 213-1 i den franske Code du travail.

2. Som bekendt og som det i øvrigt fremgår af selve titlen tilsigter direktivet gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår (artikel 1). I henhold til artikel 2, stk. 1, indebærer princippet, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling. Blandt undtagelserne i de følgende stykker i sidstnævnte bestemmelse er der grund til her at nævne stk. 3, som bestemmer, at direktivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder og særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

I medfør af artikel 5, stk. 1, indebærer anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn. Med henblik herpå skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger til, at bestemmelser, som er i strid med princippet om ligebehandling, ophæves [litra a)], og revidere de bestemmelser, der er i strid med princippet, når det beskyttelseshensyn, som oprindelig lå til grund for disse, ikke længere er begrundet [litra c)].

I artikel 9, stk. 1, var den frist, medlemsstaterne havde til at træffe de nødvendige foranstaltninger, fastsat til 30 måneder efter meddelelsen af direktivet. For så vidt nærmere angår artikel 5, stk. 2, litra c), skulle de nationale myndigheder dog inden fire år foretage en første gennemgang og eventuelt en første revision af de deri omhandlede bestemmelser.

* Originalsprog: italiensk.
1 — EFT L 39, s. 40.

3. Med hensyn til fransk lovgivning indeholder ovennævnte artikel L 213-1 i Code du travail et principielt forbud mod, at kvinder arbejder om natten, idet det navnlig er bestemt, at »kvinder må ikke beskæftiges med nogen form for arbejde om natten i fabrikker, værker, miner og brud, byggepladser, værksteder eller dertil hørende funktioner, uanset om der er tale om offentlige, private, verdslige eller kirkelige virksomheder, og uanset om der er tale om faglig uddannelse eller velgørenhedsarbejde, og heller ikke i ministerielle eller andre offentlige kontorer, inden for liberalt erhverv, ikke-erhvervsdrivende selskaber, fagforeninger eller sammenslutninger af en hvilken som helst art.« Bestemmelsens stk. 2 indeholder visse undtagelser for så vidt angår kvinder, som beklæder ledende stillinger eller udfører teknisk arbejde, som indebærer et vist ansvar, samt kvinder, som er beskæftiget med sundheds- eller velfærdstjeneste, og som således ikke normalt udfører manuelt arbejde. I henhold til stk. 3 gælder forbuddet heller ikke, såfremt der foreligger et hensyn til almenvellet i forbindelse med særlig tungtvejende hensyn, eller for kvindelige arbejdstagere, der arbejder i skiftehold. I så fald skal der udstedes en bekendtgørelse om udvidelse af en kollektiv brancheoverenskomst eller -aftale, og der skal indgås en aftale inden for den enkelte virksomhed, som skal godkendes af fabriksinspektøren. Manglende overholdelse af de nævnte regler straffes med bøde.

Fransk lovgivning blev vedtaget med henblik på at gennemføre Den Internationale Arbejdsorganisations (herefter benævnt »ILO«) konvention nr. 89 af 9. juli 1948, som Frankrig ratificerede ved lov nr. 53-603 af 7. juli 1953, og hvorefter kvinder principielt ikke må arbejde om natten.

4. Lad mig, omend ganske kort, gennemgå baggrunden for sådanne bestemmelser[2]. Forbuddet mod, at kvinder arbejder om natten, var dengang en sejr for de arbejdende klasser, idet det indgik i en lovgivning, hvis formål navnlig var at beskytte kvinder og børn, dvs. de dele af befolkningen, der ansås for de svageste og de mest udsatte.

Et sådant forbud blev indført i britisk lovgivning allerede i midten af det forrige århundrede (1844). Schweiz vedtog tilsvarende lovbestemmelser i 1877, og andre lande fulgte efter, f.eks. Østrig (1885), Nederlandene (1889), og mod århundredets slutning Frankrig (1892).

I betragtning af, at kvinder dengang navnlig var beskæftiget på fabrikker, omfattede bestemmelserne i første omgang industrien, men kom lidt efter lidt, alt efter de forskellige behov, til også at brede sig til andre områder.

På den første internationale kongres vedrørende arbejderbeskyttelse, der blev holdt i Berlin i 1890, vedtoges en resolution, som forbød kvinder at arbejde om natten i industrien. I 1906 undertegnede tretten stater Berner-konventionen, hvori forbuddet blev stadfæstet, men kun for industrivirksomheder, der beskæftiger mere end ti arbejdere. Disse bestemmelser var forløbere for det forbud, som ILO fastsatte i 1919; i henhold til en af de første konventioner, ILO ved-

2 — Jf. rapport V, 1, om natarbejde, offentliggjort af Den Internationale Arbejdskonference, 76. samling, 1989, BIT (»Bureau International de Travail«), Genève, og Pettiti, »Le travail de nuit des femmes. Aspects nationaux et internationaux«, *Droit social*, 1988, s. 302.

tog, konvention nr. 4, var det forbudt at beskæftige kvinder om natten i industrivirksomheder, bortset fra familieforetagender.

For at afbøde ulemperne ved et for generelt forbud, vedtoges endnu en konvention, konvention nr. 41, igen af ILO i 1934. Fra konventionens anvendelsesområde var undtaget kvinder, som beklædte ledende stillinger eller udførte teknisk arbejde, som indebærer et vist ansvar.

Den tredje konvention, som blev vedtaget i 1948 for at hjemle mulighed for yderligere undtagelser, er netop konvention nr. 89, der som allerede nævnt er grundlaget for gældende fransk lovgivning på området.

5. De væsentligste argumenter, der fremførtes til støtte for en sådan lovgivning på det tidspunkt, hvor den blev indført, var af medicinsk, social, politisk og økonomisk karakter. Det hævdedes, at da kvinder var berøvet borgerlige og politiske rettigheder, f.eks. stemmeretten, var de mere udsat, når der ikke ved lov var fastsat en beskyttelse; kvindelige arbejdstagere blev endvidere betragtet som fysisk svagere og således mere sårbare over for visse følger af natarbejde, f.eks. eventuelle fysiske eller psykiske problemer; desuden var man bekymret for de risici, som kvinder kunne være udsat for, når de begav sig på arbejde om natten, og det betragtedes også som lidet passende, at kvinder arbejdede om natten sammen med mænd.

Modstanden mod, at kvinder arbejder om natten, hang bl.a. også sammen med rodfæstede overbevisninger om kvindens sociale rolle som moder og den centrale person i enhver families daglige tilværelse: kvindens plads var helst i hjemmet, hvor hun skulle tage sig af familien. Natarbejde blev derfor betragtet som særligt forstyrrende for familielivet og skadeligt for samfundet.

6. Det fremgår heraf, at der i den foreliggende sag er tale om bestemmelser, der af lovgiver er tænkt som beskyttelse af kvinden som arbejdstager. På den baggrund må det derfor først undersøges, om sådanne bestemmelser ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 2, stk. 3, som vedrører bestemmelser om beskyttelse af kvinder.

I den forbindelse må det imidlertid først understreges, at en undtagelse fra et så grundlæggende princip for mennesker som ligebehandlingsprincippet skal fortolkes snævert [3].

Domstolen understregede først, at ovennævnte bestemmelse skal fortolkes snævert, og tilføjede, at det fremgår af den udtrykkelige henvisning til graviditet og moderskab, at formålet med direktivet dels er at beskytte kvindens fysiske tilstand, dels det særlige forhold mellem moderen og barnet, og at den omhandlede bestemmelse herefter ikke giver hjemmel for at udelukke kvinder fra en beskæftigelse under henvisning til, at

3 — Jf. dom af 20.3.1984 (forenede sager 75/82 og 117/82, Razzouk, Sml. s. 1509, præmis 16), og dom af 15.6.1978 (sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365, præmis 26 og 27).

der efter den almindelige opfattelse skal gives kvinder en videre beskyttelse end mænd mod de risici, som berører mænd og kvinder på samme måde, og som ikke har sammenhæng med de særlige beskyttelsesbehov for kvinder, såsom de udtrykkeligt nævnte behov [4].

Det må også understreges, at som det navnlig fremgår af dommen af 12. juli 1984 (sag 184/83, Hoffmann, Sml. s. 3047), tilsigtes der med bestemmelsen ikke en beskyttelse af det særlige forhold mellem moder og barn generelt og abstrakt derved, at der søges sikret eller beskyttet en bestemt, traditionel rolle for kvinden i familien, men, i mere begrænset omfang, det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden under graviditeten og umiddelbart efter fødslen [5].

7. Hvis det heraf følger, at for at bestemmelser om beskyttelse af kvinder er begrundet i henhold til artikel 2, stk. 3, skal de beskytte kvindelige arbejdstagere ud fra hensynet til egenskaber, der er særlige for kvinder [6], må det undersøges, om natarbejde faktisk medfører yderligere risici for kvinder.

Det fremgår af ovennævnte rapport om natarbejde, som blev offentliggjort i 1989 af Den Internationale Arbejdskonference, at ud fra et medicinsk synspunkt kan natarbejde navnlig medføre søvn- og fordøjelsesproblemer, som ofte bliver mere udtalt på grund af tendensen til et stort forbrug af stimulerende midler som f.eks. kaffe og tobak om natten og af sovemidler, som indtages med henblik på at kunne hvile om dagen. Virkningerne af natarbejde på helbredet kan endvidere også svinge meget, alt efter arbejdstagernes alder og familiemæssige og økonomiske forhold.

Selv om der ikke er foretaget særligt detaljerede undersøgelser vedrørende de helbredsmæssige følger for kvindelige arbejdstagere, synes de foreliggende undersøgelser at vise, at bortset fra, at der skal være en særlig beskyttelse under graviditeten på grund af de risici, barnet kan blive udsat for, er der faktisk ikke andre konkrete indikationer, der taler imod, at kvinder arbejder om natten.

Forholdet er med andre ord det, at selv om natarbejde kan medføre psykofysiske skader for arbejdstagerne, og natarbejde derfor bør begrænses til det strengt nødvendige og under alle omstændigheder være reguleret, er forholdet også det, at der ikke er afgørende omstændigheder, der giver grundlag for at antage, at natarbejde medfører en større risiko for kvinder end for mænd.

8. Efter min opfattelse kan argumentet om, at kvinder er udsat for større risici for overfald om natten, næppe begrunde en begrænsning af en grundlæggende rettighed, som f.eks. princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår.

Man kan eventuelt afbøde den risiko ved at træffe passende foranstaltninger, som f.eks.

4 — Jf. dom af 15.5.1986 (sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 44).

5 — Jf. dom af 12.7.1984 (sag 184/83, Sml. s. 3047, præmis 25), og dom af 26.10.1983 (sag 163/82, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3273, præmis 16).

6 — Jf. dom af 25.10.1988 (sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 14).

at stille særlige transportmidler til rådighed; desuden indeholder det i fransk lovgivning fastsatte princip om, at kvinder ikke må arbejde om natten, sådanne og så mange undtagelser, at man vanskeligt kan forestille sig, at det er baseret på objektive begrundelser, og at det ikke snarere er et historisk levn af, hvad man tidligere betragtede som en foranstaltning til beskyttelse af den part, der på det tidspunkt betragtedes som den mest sårbare inden for arbejderklassen.

Således fremgår det af en undersøgelse, som forskningsafdelingen i det franske Arbejds- og Socialministerium foretog i 1984, at der allerede i perioden 1978-1984 var en betydelig stigning i antallet af kvinder, der arbejder om natten; i 1984 var forholdet således det, at ud af mere end en million lønmodtagere, som regelmæssigt arbejdede om natten, var der ca. 170 000 kvinder[7].

Hvis man desuden tager i betragtning, at det i henhold til et cirkulære af 30. juni 1987 fra det franske Arbejds- og Socialministerium hedder, at loven ikke forbyder beskæftigelse af kvinder om natten i industrivirksomheder, når der er tale om arbejdsopgaver, som ikke er industrielle, som f.eks. dataoperatører eller kontrollører, og til, at der i henhold til visse kollektive overenskomster er mulighed for at lade kvinder arbejde om natten på skiftehold, er det endnu vanskeligere at acceptere en sådan begrundelse, idet en kvinde, der arbejder med EDB eller en kvinde, der arbejder i en jern- og stålvirksomhed, næppe er mindre udsat for overfald end f.eks. en person, der arbejder i en kemisk virksomhed.

Endelig må man nødvendigvis nævne, at det i fransk lovgivning gældende generelle forbud mod, at kvinder arbejder om natten, hvorfra der gælder så mange undtagelser, at der er mulighed for at anvende forskellige ordninger endog over for kvinder, som udfører det samme arbejde, må medføre en yderligere ubegrundet forskelsbehandling mellem de kvindelige arbejdstagere indbyrdes.

9. Sådanne bestemmelser kan efter min opfattelse heller ikke begrundes i direktivets artikel 5, stk. 2, litra c), der som allerede nævnt bestemmer, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger til, at de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er i modstrid med princippet om ligebehandling, revideres, når det beskyttelseshensyn, som oprindelig lå til grund for disse, ikke længere er begrundet.

Således har Domstolen udtalt, at rækkevidden af artikel 3, stk. 2, litra c), som vedrører betingelserne for adgang til beskæftigelse, men som er formuleret på samme måde som ovennævnte artikel 5, stk. 2, litra c), er fastlagt ved artikel 2, stk. 3[8].

Selv om de omtvistede bestemmelser tidligere var begrundet i f.eks. hensynet til kvindens faktiske rolle i familien, er de efter min opfattelse derfor i dag forbudt i henhold til direktivet, idet de som nævnt ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 2, stk. 3. Som Kommissionen har understreget, skyldes det i fransk lovgivning gældende forbud således tilsyneladende ikke et

7 — Jf. Pettiti, a. st., s. 303.

8 — Jf. ovennævnte dom af 15.5.1986, præmis 44.

hensyn til en særlig beskyttelse af kvinders fysiske tilstand, men synes snarere at være baseret på forældede sociale hensyn, og må desuden antages at have negative følger for kvinders beskæftigelse.

10. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt direktivets artikel 5 har direkte virkning, er det efter min opfattelse allerede besvaret bekræftende i Domstolens praksis, idet Domstolen har fastslået, at artikel 5 ikke hjemler nogen som helst mulighed for, at medlemsstaterne kan begrænse anvendelsen af princippet om ligebehandling inden for dens egentlige anvendelsesområde eller gøre den betinget, ligesom bestemmelsen må antages at være tilstrækkelig præcis og ubetinget til, at private ved de nationale domstole kan påberåbe sig den til støtte for, at enhver national bestemmelse, der ikke er i overensstemmelse med den nævnte artikel 5, stk. 1, ikke kan finde anvendelse [9].

Den forpligtelse til ikke at forskelsbehandle mænd og kvinder, der er indført ved artiklens stk. 1, er således ikke betinget af den anden konkrete forpligtelse til at træffe foranstaltninger, som er pålagt medlemsstaterne ved artiklens stk. 2.

11. Endelig mener jeg ikke, at den omstændighed, at Frankrig er kontraherende part i ILO-konvention nr. 89, kan ændre det resultat, jeg er nået frem til.

Selv om det i Traktatens artikel 234 er fastsat, at de rettigheder, der følger af konventioner, som før Traktatens ikrafttræden var indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, ikke berøres af Traktatens bestemmelser, er forholdet også det, at indholdet af et direktiv ikke i sig selv kan bevirke, at overholdelsen af direktivet kan være uforenelig med forpligtelser i henhold til konventionen. Fællesskabsretten pålægger nemlig ikke nødvendigvis medlemsstaterne at tillade, at kvinder arbejder om natten, hvilket ville være uforeneligt med konventionen, men indeholder kun en forpligtelse til ikke at forskelsbehandle mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår.

I en situation som den foreliggende vil en medlemsstat med andre ord ikke kunne påberåbe sig artikel 234 og således unddrage sig den forpligtelse til ikke at udøve forskelsbehandling, der er fastsat i direktiv 76/207, idet medlemsstaten under alle omstændigheder vil kunne opfylde sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten uden at overtræde konventionen, f.eks. ved at udvide forbuddet mod natarbejde til at omfatte både kvinder og mænd.

Såfremt en sådan løsning i praksis ville støde på store problemer, er det klart, at den pågældende stat måtte opsige konventionen og på den måde frigøre sig fra de deri fastsatte forpligtelser.

Det er i den forbindelse tankevækkende, at visse medlemsstater, der har underskrevet konventionen, nemlig f.eks. Nederlandene, Irland og Luxembourg, allerede har opsagt den [10], og at den italienske forfatningsdomstol har fastslået, at den lov, hvorved konventionen gennemførtes i Italien [11], delvis er forfatningsstridig.

9 — Jf. dom af 26.2.1986 (sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 55) og dom af 12.7.1990 (sag 188/89, Foster, Sml. I, s. 3313, præmis 21).

10 — Jf. Kommissionens indlæg, bilag 1. I henhold til artikel 15 i konvention nr. 89 kan den med et års varsel opsiges hvert tiende år fra den 27.2.1961, i de tolv derpå følgende måneder.

11 — Dom nr. 210 af 9.7.1986, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, af 1.8.1986, nr. 38, s. 17.

12. Jeg skal herefter foreslå, at det spørgsmål, Tribunal de police d'Illkirch har forelagt, besvares som følger:

»Artikel 5 i direktiv 76/207/EØF er til hinder for, at der i national ret ved lov fastsættes et principielt forbud mod natarbejde, som alene omfatter kvinder.«