CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. SAGGIO
van 7 oktober 1999 *

1. Het Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern heeft het Hof bij beschikking van 16 april 1998 een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG. [1] Het wenst te vernemen, of de weigering van een werkgever om een zwangere vrouw aan te stellen op grond dat zij ingevolge het nationale Mutterschutzgesetz van meet af aan niet in staat zal zijn de aan de betrekking verbonden werkzaamheden uit te oefenen, een met het gemeenschapsrecht onverenigbare discriminatie op grond van geslacht oplevert.

Het gemeenschapsrecht

2. Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 (hierna: „richtlijn") [2] heeft tot doel, het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen en de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en de sociale zekerheid ten uitvoer te leggen. [3]

3. Volgens de definitie in artikel 2, lid 1, van de richtlijn houdt het beginsel van gelijke behandeling in, „dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie".

Artikel 2, lid 3, van de richtlijn maakt hierop een soort voorbehoud door te bepalen dat, „[d]eze richtlijn geen afbreuk [doet] aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft".

4. Verder is in het onderhavige geschil nog van belang artikel 3 van de richtlijn, volgens welke bepaling „[d]e toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in[houdt], dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak, en tot alle niveaus van de beroepshiërarchie".

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.
1 — PB L 39, blz. 40.
2 — Reeds aangehaald.
3 — Artikel 1, lid 1.

Het nationale recht

5. Van de nationale regelgeving is in casu vooral § 611a van het BGB (Duitse burgerlijk wetboek) van belang. Volgens deze bepaling mag de werkgever een werknemer in het kader van een overeenkomst of maatregel, in het bijzonder bij het aangaan van de arbeidsverhouding, in geval van promotie, bij het geven van opdrachten dan wel bij het verlenen van ontslag, niet ongunstiger behandelen wegens zijn geslacht. Een ongelijke behandeling op grond van geslacht is echter toegestaan, indien een bepaalde kunne onontbeerlijk is voor de uitoefening van de betrokken activiteit.

6. Daarnaast zijn van belang de §§ 3 tot en met 5 van het Mutterschutzgesetz (MuSchG). Volgens § 3 mogen zwangere vrouwen geen arbeid verrichten, indien uit een medische verklaring blijkt, dat het leven of de gezondheid van moeder of kind gevaar loopt bij voortduring van de werkzaamheden. In geen geval mogen zwangere vrouwen in de laatste zes weken vóór de bevalling te werk gesteld worden, tenzij zij zich daartoe uitdrukkelijk bereid verklaren. Deze verklaring kan te allen tijde worden herroepen.

§ 4 specificeert de werkzaamheden die niet aan zwangere vrouwen mogen worden opgedragen. Het gaat hier om zware fysieke arbeid en arbeid waarbij zwangere vrouwen worden blootgesteld aan de schadelijke gevolgen van de gezondheid bedreigende materie of straling, stof, gassen of dampen, hitte, koude, vochtigheid, trillingen of lawaai. Bovendien is het onder meer uitdrukkelijk verboden om zwangere vrouwen na afloop van de vijfde maand van de zwangerschap te belasten met werkzaamheden waarbij zij voortdurend moeten staan gedurende meer dan vier uur per dag, of waarbij zij ten gevolge van hun zwangerschap in bijzondere mate het risico lopen een beroepsziekte op te doen of waarbij dat risico tot extra gevaar voor de zwangere werkneemster, dan wel gevaar voor de ongeboren vrucht leidt.

Tot slot dienen zwangere vrouwen hun werkgever ingevolge § 5, lid 1, in kennis te stellen van hun zwangerschap en de vermoedelijke datum van bevalling, zodra zij hier zelf wetenschap van dragen.

De feiten en de prejudiciële vraag

7. S.-K. Mahlburg (hierna: „verzoekster") was van 26 augustus 1994 tot en met 31 augustus 1995 op tijdelijke basis werkzaam als verpleegster in het universiteitsziekenhuis voor hartchirurgie van de universiteit Rostock.

8. In februari 1995 verzocht verzoekster dit ziekenhuis om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De personeelsdienst van de universiteit deelde haar mee, dat dit slechts mogelijk was na sollicitatie op een opengestelde vacature.

9. Op 1 juni 1995 solliciteerde verzoekster in het hoofdgeding op twee interne vacatures voor onbepaalde tijd. Deze vacatures betroffen twee onmiddellijk te vervullen functies in ploegendienst in de operatiezaal. De functiebeschrijving kwam overeen met de werkzaamheden die verzoekster op basis van haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had verricht, namelijk het volgens instructie voorbereiden en controleren van de voor operaties benodigde steriele instrumenten en geneesmiddelen, en het aanreiken van de instrumenten tijdens de operaties. In de eerste vacature werd een „voltooide opleiding als operatiezaal-verpleger" als eis gesteld en in de tweede een „voltooide opleiding in de ziekenverpleging met ervaring in de operatiezaal".

10. Intussen constateerde verzoekster dat zij zwanger was. Overeenkomstig § 5, lid 1, MuschG[4] stelde zij de universiteit nog tijdens de looptijd van haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, op 13 juli 1995, van deze zwangerschap in kennis. Vervolgens werd zij overeenkomstig de toepasselijke bepalingen van het Mutterschutzgesetz niet langer in de operatiezaal tewerkgesteld, doch tot het einde van haar contract met kantoorwerkzaamheden belast.

11. Daarnaast was verzoeksters mededeling voor de universiteit Rostock aanleiding om haar sollicitatie op de beide openstaande vacatures bij besluit van 18 september 1995 af te wijzen. Deze weigering werd door de universiteit aldus gemotiveerd, dat bedoelde vacatures betrekking hadden op werkzaamheden in de operatiezaal, die ingevolge de §§ 3 tot en met 5 MuSchG niet door zwangere vrouwen mochten worden verricht.

12. Vermeldenswaard is nog, dat er naast de sollicitatie van verzoekster naar beide functies slechts één andere sollicitatie was binnengekomen, namelijk van een eveneens zwangere vrouw. Als gevolg daarvan werden beide vacatures eerst in de herfst van 1995, na een externe wervingsprocedure, bezet.

4 — Zie punt 3 van deze conclusie.

13. Tegen de afwijzing van haar sollicitatie stelde verzoekster beroep in bij het Arbeitsgericht Rostock, waarbij zij primair verzocht om vaststelling dat haar arbeidsovereenkomst met de universiteit Rostock na 31 augustus 1995 (het moment waarop haar overeenkomst voor bepaalde tijd afliep) voortduurde, en subsidiair om veroordeling van de universiteit Rostock tot betaling van schadevergoeding.

14. Op 15 april 1997 wees het Arbeitsgericht Rostock het beroep af. Verzoekster stelde daarop hoger beroep in bij het Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (hierna: „LAG"), strekkende tot vaststelling dat zij met ingang van 1 september 1995 voor onbepaalde tijd in dienst was als operatiezaalverpleegster. Blijkens haar schriftelijke opmerkingen steunt haar vordering op het argument, dat zij ten gevolge van de discriminatie op grond van geslacht een recht op aanstelling jegens de universiteit heeft verkregen.

15. In zijn verwijzingsbeschikking gaat het LAG ervan uit, dat de vraag of verzoekster recht op tewerkstelling heeft, afhangt van de uitlegging van § 611a BGB. Volgens de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht belet § 611a BGB een werkgever niet, een zwangere sollicitante af te wijzen op grond dat zij wegens haar zwangerschap de beoogde activiteit niet kan uitoefenen.

16. § 611a BGB, dat ter omzetting van de richtlijn in het Duitse recht dient, moet volgens het Bundesarbeitsgericht evenwel in overeenstemming met het gemeenschapsrecht worden uitgelegd.

17. Aangezien het LAG betwijfelt, of de in de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht gehanteerde uitlegging van § 611a BGB verenigbaar is met de richtlijn, inzonderheid met artikel 2, lid 1, daarvan, heeft het het Hof de volgende vraag ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

„Is er sprake van ongeoorloofde discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976, wanneer een werkgever een sollicitante voor een vacature, die op zich geschikt is voor de betrokken functie, toch niet in dienst neemt omdat zij zwanger is en zij voor de duur van de zwangerschap wegens een uit het Mutter-

schutzgesetz voortvloeiend arbeidsverbod haar functie, die voor onbepaalde tijd moet worden bezet, niet van meet af aan zou kunnen uitoefenen?"

De prejudiciële vraag

18. Opnieuw wordt het Hof verzocht om een uitspraak over het reeds veelvuldig door hem behandelde vraagstuk van de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het specifieke geval van zwangerschap.

19. In casu vraagt de nationale rechter het Hof, of de weigering van een werkgever tot aanstelling van een zwangere vrouw een discriminatie op grond van geslacht vormt, wanneer deze weigering wordt ingegeven door het feit dat de sollicitante gedurende de hele zwangerschap de aan de functie verbonden werkzaamheden niet zal kunnen uitoefenen op grond van een uit het nationale Mutterschutzgesetz voortvloeiend arbeidsverbod.

20. De weigering van een werkgever om een vrouw aan te stellen vormt, met name volgens het arrest Dekker[5], een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht, wanneer zij voornamelijk steunt op een reden die enkel voor vrouwelijke en niet voor mannelijke werknemers geldt. Door het Hof is dan ook herhaaldelijk onderstreept, dat „[d]aar enkel vrouwen een aanstelling kan worden geweigerd wegens zwangerschap, een dergelijke weigering een directe discriminatie [is] op grond van geslacht".[6]

21. In het meer recente arrest Brown[7], waar de vraag centraal stond naar de rechtmatigheid van het ontslag van een zwangere vrouw wegens afwezigheden die het gevolg waren van uit de zwangerschap voortvloeiende arbeidsongeschiktheid, heeft het Hof beslist, dat „ontslag van een werknemer wegens zwangerschap *of wegens een voornamelijk op die toestand gebaseerde reden* alleen vrouwen [kan] treffen en (...) derhalve een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht [vormt]". Uit deze uitspraak — die eveneens kan worden toegepast op het geval van een weigering tot aanstelling[8] — volgt duidelijk, dat het Hof heeft willen onderstrepen, dat een rechtstreekse discriminatie van een zwangere vrouw door een maatregel niet vooronderstelt, dat de maatregel uitdrukkelijk op de zwangerschap is gebaseerd. In plaats daarvan volstaat het, dat de

5 — Arrest van 8 november 1990 (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941, punt 10).

6 — Arrest Dekker, punt 12. Zie ook arresten van 8 november 1990, Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund (179/88, Jurispr. blz. I-3979, punt 13); 5 mei 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Jurispr. blz. I-1657, punt 15) en 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567, punt 19).

7 — Arrest van 30 juni 1998 (C-394/96, Jurispr. blz. I-4185, punt 16, cursivering van mij).

8 — Mijns inziens staat vast, dat de weigering tot aanstelling, voor wat betreft de hier relevante aspecten, gelijkstaat aan ontslag. In beide gevallen hebben we te maken met een maatregel waarmee de zwangere vrouw een arbeidsplaats wordt onthouden.

maatregel hoofdzakelijk op de zwangerschap is terug te voeren. [9]

22. In casu is zonder twijfel sprake van laatstgenoemd geval. Weliswaar werd de weigering om de sollicitatie van verzoekster in aanmerking te nemen gerechtvaardigd met het argument, dat zij de aan de betrokken functie verbonden werkzaamheden van meet af aan niet zou kunnen uitoefenen, doch tegelijkertijd is de weigering zonder meer op de zwangerschap terug te voeren, zodat de handelwijze van de universiteit Rostock ten minste in beginsel als een inbreuk op artikel 2, lid 1, en artikel 3 van de richtlijn moet worden beschouwd.

23. Niettemin moet ook worden onderzocht, of er een rechtvaardiging voor deze handelwijze te vinden is in het nationale recht inzake de bescherming van het moederschap, zoals neergelegd in het Mutterschutzgesetz. Zoals reeds vermeld [10], betoogt de universiteit Rostock, dat deze regeling, die vrouwen verbiedt tijdens de zwangerschap bepaalde als gevaarlijk aangemerkte werkzaamheden te verrichten, een eenduidig wettelijk verbod bevat om verzoekster aan te stellen.

24. Bij de bespreking van dit vraagstuk moeten twee factoren in acht worden genomen. In de eerste plaats vormt het Mutterschutzgesetz in Duitsland de toepassing van de in artikel 2, lid 3, van de richtlijn vervatte mogelijkheid om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling. Zoals gemakkelijk uit de formulering ervan valt af te leiden [11], verleent deze bepaling de lidstaten de bevoegdheid om nationale regels in te voeren of in stand te houden die in een ongelijke behandeling op grond van het geslacht voorzien, voor zover zij dienen ter bescherming van de vrouw tijdens de zwangerschap en na de bevalling. In de tweede plaats moet de nationale rechter, die een geschil moet beslechten dat binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, volgens inmiddels vaste rechtspraak [12] het nationale recht uitleggen in het licht van deze richtlijn.

25. Mitsdien hangt de mogelijkheid om de weigering tot aanstelling van een zwangere vrouw te rechtvaardigen met een beroep op een uit het nationale Mutterschutzgesetz voortvloeiend arbeidsverbod in casu af van de uitlegging van artikel 2, lid 3, van de richtlijn. Om de prejudiciële vraag te beantwoorden moet, met andere woorden, worden onderzocht, of de in de gemeenschapsrechtelijke regel vervatte uitzondering op het grondbeginsel van gelijke behandeling hier kan worden toegepast.

9 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Webb, reeds aangehaald, met name de punten 9 en 10.

10 — Zie punt 11 van deze conclusie.

11 — Zie punt 3 van deze conclusie.

12 — Zie arresten van 20 mei 1976, Mazzalai (111/75, Jurispr. blz. 657, punt 10); 10 april 1984, Von Colson en Komann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26) en 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punten 7 en 8).

26. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Zoals het Hof in het arrest Hofmann [13] heeft vastgesteld, is in artikel 2, lid 3, van de richtlijn, „waarin aan de lidstaten het recht wordt voorbehouden om bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name wat zwangerschap en moederschap betreft, in stand te houden of in te voeren, tweeërlei bescherming van de vrouw, getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, rechtmatig (...) bevonden. Enerzijds heeft men de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na de zwangerschap willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld, anderzijds heeft men de bijzondere relatie tussen moeder en kind willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening willen voorkomen."

27. Bovendien mogen volgens het arrest Thibault [14] „bij de uitoefening van de hun overeenkomstig artikel 2, lid 3, toegekende rechten vrouwen (...) niet minder gunstig worden behandeld ter zake van de toegang tot arbeid en de arbeidsvoorwaarden. In dit verband streeft de richtlijn een wezenlijke, en niet een formele gelijkheid na."

28. Uit de aangehaalde rechtspraak blijkt duidelijk, dat de hoofddoelstelling van de hier toepasselijke gemeenschapsregel erin bestaat, de lidstaten de mogelijkheid te laten om nationale regels in te voeren of in stand te houden die weliswaar tot een ongelijke behandeling van de geslachten leiden, doch die noodzakelijk zijn om de nadelen te „compenseren" die vrouwen wegens hun zwangerschap kunnen lijden. Het is dus de bedoeling om ook een daadwerkelijk gelijke behandeling te verwezenlijken in de gevallen waarin een louter formele gelijkheid in de vorm van een gelijke behandeling niet volstaat. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan, dat artikel 2, lid 3, van de richtlijn uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling slechts toestaat, wanneer aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk wanneer de vrouw beter wordt beschermd en daarmee wordt bevoordeeld ten opzichte van de man, en wanneer met deze bevoordeling een materiële gelijkheid dient te worden verwezenlijkt, die niet op een andere wijze kan worden bereikt.

29. Het moge duidelijk zijn, dat in het hier besproken geval aan geen van beide voorwaarden is voldaan. Enerzijds zou verzoekster door toepassing van de ingevolge artikel 2, lid 3, van de richtlijn vastgestelde nationale regeling niet worden bevoordeeld, doch veeleer benadeeld, doordat haar de toegang tot arbeid wordt ontzegd. Anderzijds zou de nationaalrechtelijke

13 — Arrest van 12 juli 1984 (184/83, Jurispr. blz. 3047, punt 25). Zie in die zin ook de arresten Habermann-Beltermann, punt 21; Brown, reeds aangehaald, punt 17, en Webb, reeds aangehaald, punt 20.

14 — Arrest van 30 april 1998 (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 26). Zie dienaangaande ook de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de reeds aangehaalde zaak Habermann-Beltermann, met name punt 11.

bepaling geen echte gelijkheid teweegbrengen, doch zelfs de oorzaak van een discriminatie zijn. Een dergelijke toepassing van de bepalingen van het Mutterschutzgesetz zou duidelijk in strijd zijn met de ratio van het gemeenschapsrecht.

30. Het Hof heeft zich reeds in deze zin uitgesproken in het arrest Habermann-Beltermann. [15] In deze zaak ging het om de vraag, of de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een werkgever discriminerend was ten opzichte van de vrouwelijke werknemer die onmiddellijk na het opvatten van de werkzaamheden zwanger was geworden. Ook dit ontslag werd, zoals in casu, aldus gemotiveerd, dat de betrokken werkneemster uit hoofde van de bepalingen van het Mutterschutzgesetz gedurende de hele zwangerschap en na de bevalling geen nachtarbeid kon verrichten, waarvoor zij nu juist was aangesteld. [16]

Door het Hof is dienaangaande vastgesteld, dat „het in strijd [zou] zijn met de in artikel 2, lid 3, van de richtlijn beoogde bescherming en deze bepaling haar nuttige werking [zou] verliezen, wanneer zou worden aanvaard dat de overeenkomst nietig kan worden verklaard of kan worden opgezegd, op grond dat de zwangere werkneemster de nachtarbeid waarvoor zij is aangesteld, tijdelijk niet kan verrichten. (...) De beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur wegens zwangerschap van de werkneemster, ongeacht of deze beëindiging het gevolg is van nietigheid of opzegging, kan dus niet worden gerechtvaardigd door het feit dat een wettig verbod, dat is opgelegd wegens de zwangerschap, de werkneemster tijdelijk belet nachtarbeid te verrichten." [17]

31. Hieruit volgt nog een ander aspect, dat van bijzonder belang is. Zoals reeds vermeld [18], waren beide functies waarnaar verzoekster had gesolliciteerd, betrekkingen voor onbepaalde tijd. Welnu, in het arrest Habermann-Beltermann [19] heeft het Hof geoordeeld, dat „de prejudiciële vragen betrekking hebben op een overeenkomst van onbepaalde duur en dat het verbod van nachtarbeid voor zwangere vrouwen, vergeleken met de totale duur van de overeenkomst, dus slechts voor een beperkte periode geldt".

15 — Reeds aangehaald.

16 — De overeenkomst tussen de onderhavige en de hier aangehaalde zaak komt nog duidelijker naar voren, wanneer men de door advocaat-generaal Tesauro in de conclusie in de zaak Habermann-Beltermann voorgestane opvatting overneemt, dat „de nietigverklaring, voor zover zij ex tunc werkt en dus precies dezelfde werking heeft als een nooit gesloten overeenkomst, gelijkstaa[t] met een aanstellingsweigering" (punt 7 van de conclusie).

17 — Arrest Habermann-Beltermann, reeds aangehaald, punten 24 en 25.

18 — Zie punt 9 van deze conclusie.

19 — Reeds aangehaald, punt 23.

Dit aspect was van nog groter belang in de zaak Webb.[20] Hier ging het om het ontslag van een vrouwelijke werknemer die na haar aanstelling constateerde, dat zij zwanger was. Het ontslag werd aldus gemotiveerd, dat de werkneemster gedurende het zwangerschapsverlof niet de taak kon verrichten waarvoor zij met name was aangesteld, namelijk de vervanging van een andere, eveneens zwangere, werkneemster. Ofschoon de werkzaamheden van beperkte duur waren, had de werkgever aan de werkneemster te kennen gegeven, dat de arbeidsverhouding ook na deze periode zou worden voortgezet. Dientengevolge moest de betrekking geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden.

Op grond van deze overwegingen stelde het Hof vast, dat „het ontslag van een zwangere vrouw die voor onbepaalde tijd in dienst is genomen, niet [kan] worden gebaseerd op redenen die zijn ontleend aan haar ongeschiktheid om aan een van de essentiële voorwaarden van haar arbeidsovereenkomst te voldoen. De beschikbaarheid van de werknemer is voor de werkgever noodzakelijkerwijs een essentiële voorwaarde voor de goede uitvoering van de arbeidsovereenkomst, maar de door het gemeenschapsrecht aan de vrouw tijdens haar zwangerschap en na de bevalling gegarandeerde bescherming mag er niet van afhangen, of de aanwezigheid van de betrokkene tijdens de periode van zwangerschap en bevalling voor de goede gang van zaken bij de onderneming waar zij werkzaam is, onontbeerlijk is. Een andere uitlegging zou de bepalingen van de richtlijn hun nuttig effect ontnemen."

Het Hof deed dan ook de uitspraak, dat „de beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur wegens zwangerschap van de werkneemster niet [kan] worden gerechtvaardigd door het feit dat de werkneemster tijdelijk is verhinderd, de arbeid waarvoor zij is aangenomen, te verrichten".[21] Deze vaststelling in het zojuist aangehaalde arrest kan ook naar het onderhavige geval worden getransponeerd, zodat ook vanuit deze optiek kan worden uitgesloten, dat er sprake is van een uitzondering in de zin van artikel 2, lid 3, van de richtlijn.

32. Op grond van de voorgaande overwegingen en gelet op de aangehaalde rechtspraak kom ik tot de conclusie, dat een overeenkomstig artikel 2, lid 3, van de richtlijn vastgestelde nationale regeling, die een zwangere vrouw verbiedt bepaalde werkzaamheden te verrichten die als gevaarlijk voor haar eigen gezondheid of die van het ongeboren kind gelden, in casu niet ter rechtvaardiging kan dienen van een rechtstreekse discriminatie, bestaande in de weigering tot aanstelling van de vrouw op grond dat zij tijdelijk niet in staat is de werkzaamheden te verrichten waarvoor zij voor onbepaalde tijd in dienst zou worden genomen. Een dergelijk nationaal verbod zou duidelijk in strijd zijn met het doel van de communautaire bepaling ter uitvoering

20 — Aangehaald in voetnoot 6.

21 — Arrest Webb, reeds aangehaald, punten 26 en 27.

waarvan het in het leven is geroepen, en zou de door de richtlijn gegarandeerde bescherming van het moederschap elke werking ontnemen.

33. Dit gezegd hebbend, acht ik het hier aangewezen om nog op een andere kwestie in te gaan, die tijdens de mondelinge behandeling aan de orde is gesteld. Ik doel op de problematiek rond de vaak aanzienlijke lasten die de werkgever moet dragen om de gelijke behandeling van zwangere vrouwen te verzekeren en aldus de bescherming van het moederschap te garanderen. Dienaangaande is de vraag opgeworpen, of het verbod van discriminatie altijd voorrang geniet, dan wel of er in bepaalde omstandigheden uitzonderingen gerechtvaardigd kunnen zijn, teneinde rekening te houden met de belangen van de werkgever.

34. Het feit dat de uit de bescherming van het moederschap voortvloeiende lasten vaak grotendeels voor rekening van de werkgever komen, is ongetwijfeld een reëel probleem, dat de aandacht verdient. Aan mijn conclusies doet het echter niets af. Want de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, met name in een situatie als de onderhavige, is een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht, dat niet met een beroep op dergelijke overwegingen kan worden ingeperkt.

35. Bovendien is de rechtspraak van het Hof, althans wat betreft de economische aspecten, zeer duidelijk. Het arrest Dekker bepaalt uitdrukkelijk, dat een „aanstellingsweigering wegens de financiële consequenties van afwezigheid in verband met zwangerschap moet worden geacht voornamelijk op het feit van de zwangerschap te zijn gebaseerd. Voor een dergelijke discriminatie kan geen rechtvaardiging worden ontleend aan het financiële nadeel dat bij aanstelling van een zwangere vrouw door de werkgever wordt geleden gedurende haar zwangerschapsverlof." [22]

36. Mitsdien moet de tijdens de mondelinge behandeling aan de orde gestelde problematiek worden opgelost door middel van „positieve" acties ter bescherming van de zwakkere werknemers, welke moet worden ondernomen in het kader van het sociale beleid van de lidstaten, eventueel ondersteund door coördinatie op communautair vlak. Ik zou hieraan enkel willen toevoegen, dat dergelijke maatregelen niet noodzakelijkerwijs in tegenspraak behoeven te zijn met de bescherming van de vrouw. Volgens mij kan op deze manier ook de positie van de vrouw worden versterkt en daarmee de oorzaak van vele discriminaties worden weggenomen.

22 — Reeds aangehaald, punt 12.

Conclusie

37. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door het Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Het moet als een ontoelaatbare discriminatie in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 worden beschouwd, dat een werkgever een sollicitante, die op zich geschikt is voor de vacante functie, niet aanstelt op grond dat zij zwanger is en zij, ingevolge een uit het Mutterschutzgesetz voortvloeiend arbeidsverbod, gedurende de zwangerschap van meet af aan niet zal kunnen worden tewerkgesteld in de voor onbepaalde tijd te bezetten functie."