

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA
przedstawiona w dniu 27 listopada 2007 r.¹

I — Wprowadzenie

1. Przez długi czas ciąża owiana była mgłą tajemniczy; nie wynaleziono jeszcze szybkich testów ciążowych, a postęp techniczny nie dostarczał wizerunku płodu w brzuchu matki. Dawniej kobieta w ciąży nie miała tak natychmiastowej pewności co do swojego stanu, częstokroć miała wątpliwości przez kilka tygodni. Niektórzy badacze, w szczególności pionierzy nauk medycznych, próbowali opisać symptomy ciąży. Pliniusz Starszy w księdze VII „Historii naturalnej” stwierdza, że „dziesiątego dnia po poczęciu ból głowy, zawrót i mgła w oczach, wstręt ku potrawom, zwijanie na żołądku są znakami poczętego człowieka”; dodaje, że „zdrowszą ma cerę i lżejszy połów nosząca w żywocie męzczyznę”².

2. Większość społeczeństw usiłowało wyodrębnić kobietę w ciąży, zarówno aby oddać jej hołd, jak i w celu ochrony jej — oraz jej dziecka — przed złymi omenami oraz przed niebezpieczeństwem związanym z macierzyństwem. Etnolog francuski Arnold van Gennep opisuje w swojej słynnej książce „Les rites de passage” (opublikowanej w 1909 r.) kilka obrzędów zmierzających do zaznaczenia w prymitywnych społecznościach zmian, jakich doświadczają istoty ludzkie³.

3. W „Listach dwóch młodych mężatek” jedna z bohaterek Balzakowskich będąca po raz pierwszy w ciąży jest zdziwiona, że w pierwszej chwili nie czuła nic szczególnego, swój stan odkryła w spojrzeniach innych ludzi, a nie w swoim własnym ciele; stwierdza następnie, że „macierzyństwo to sprawa wyobraźni”, a śledzenie symptomów, kiedy się ciąża zaczyna, jest niezmiernie ciekawe⁴.

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — K. Pliniusz Starszy, „Historii naturalnej ksiąg XXXVII”, t. 3, ks. 7–9, przeł. J. Łukaszewicz, Poznań, s. 33.

3 — A. van Gennep, „Les rites de passage”, wyd. A. i J. Picard, 1992.

4 — H. Balzac, „Listy dwóch młodych mężatek”, przeł. J. Rogoziński, Czytelnik 1951, s. 138.

Franciszek Goya, portretując piękną hrabinę de Chinchón w kwiecie 21 lat, nie ukrywa, iż spodziewa się ona dziecka, albowiem geniusz aragoński dyskretnie zaznacza to, nakładając jej na głowę delikatną koronę z kłosów pszenicy, symbolu płodności⁵.

4. S. Mayr z całą pewnością chciała utrzymać w tajemnicy swoje pragnienie zajścia w ciążę. Nie jest niedorzeczne przypuszczać, iż wolałaby ona ukrywać przez kilka miesięcy ów szczegół, który należy do jej życia prywatnego i do jej intymności. Jednakże nie było to możliwe, ponieważ procedura wspomaganego rozrodu, z której musiała skorzystać, zmusiła ją do ujawnienia jej sekretu. Po tym jak poddała się ona zabiegowi pobrania komórek jajowych, jej komórki jajowe zostały zapłodnione w laboratorium, ale embriony nie zostały jeszcze umieszczone w jej macicy, pracodawca wypowiedział jej stosunek pracy.

5. Austriacki Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) pyta Trybunał Sprawiedliwości o zakres pojęcia „pracownica w ciąży” z art. 2 lit. a) dyrektywy 92/85/EWG⁶,

5 — Obraz można zobaczyć w Muzeum Prado w Madrycie.

6 — Dyrektywa Rady z dnia 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią (Dz.U. L 348, s. 1).

w szczególności w tym celu, aby móc ustalić, czy w chwili, kiedy spółka wypowiedziała zainteresowanej umowę o pracę, mogła być ona uważana za kobietę w ciąży, chronioną przez ową regulację wspólnotową.

6. W postanowieniu odsyłającym chodzi zatem o ustalenie chwili, w której rozpoczyna się ciąża w rozumieniu powołanej dyrektywy. Jest to niezwykle delikatna kwestia, ponieważ pośrednio mogłaby wszcząć dyskusję medyczno-etyczną dotyczącą początku życia, która jest zbyteczna i niepotrzebna w tym przypadku.

II — Ramy prawne

A — *Uregulowanie wspólnotowe*

1. Dyrektywa 92/85

7. Przedstawione pytanie prejudycjalne dotyczy dyrektywy 92/85/EWG, w szczegól-

ności art. 2 lit. a), zgodnie z którym „określenie »pracownica w ciąży« oznacza pracownicę w ciąży, która poinformuje o swym stanie swego pracodawcę, zgodnie z prawem krajowym i/lub praktyką krajową”.

8. Wśród gwarancji przyznanych pracownikom należącym do zakresu zastosowania dyrektywy znajduje się zakaz zwolnienia z pracy oraz zagwarantowanie „korzystania z praw do ochrony zdrowia i bezpieczeństwa”. Zgodnie z art. 10 dyrektywy państwa członkowskie podejmują niezbędne środki, aby uniemożliwić takie zwolnienie w okresie od początku ciąży do końca urlopu macierzyńskiego, chyba że zachodzą szczególne przyczyny, niezwiązane z ich stanem, dopuszczone w prawie krajowym lub praktyce, o ile odpowiednie organy wyraziły na to zgodę (ust. 1), przy czym dodano, iż jeżeli pracownica została zwolniona w tym okresie, pracodawca winien przedstawić na piśmie należyte uzasadnione tego powody (ust. 2).

2. Dyrektywa 76/207

9. Pomimo iż sąd krajowy nie wspomina o tym wyraźnie, dla niniejszej sprawy znaczenie ma również dyrektywa 76/207/EWG⁷.

7 — Dyrektywa Rady z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.U. L 39, s. 40).

Artykuł 2 ust. 1 wyłącza z uwagi na zasadę równego traktowania wszelką „dyskryminacj[ę] ze względu na płeć, zarówno bezpośredni[ą], jak i pośredni[ą], w szczególności przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego”, zaznaczając w ust. 3, że przepisy dyrektywy nie naruszają „ochrony kobiet, zwłaszcza jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo”.

10. Z kolei art. 5 stanowi, że powołana zasada równego traktowania w zakresie warunków pracy, w tym warunków wypowiedzenia, pociąga za sobą konieczność zapewnienia mężczyznom i kobietom takiej samej pozycji, bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na płeć.

11. Dyrektywa 76/207 została zmieniona przez dyrektywę 2002/73/WE⁸, uchyloną i zastąpioną następnie przez dyrektywę 2006/54/WE⁹. Niemniej jednak żadna z tych ostatnich regulacji nie ma zastosowania do niniejszej sprawy, jako że terminy na dokonanie transpozycji dyrektywy 2002/73 oraz przyjęcie dyrektywy 2002/73 nie upłynęły w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych postępowania przed sądem krajowym.

8 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.U. L 269, s. 15).

9 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana) (Dz.U. L 204, s. 23).

B — *Uregulowanie austriackie*

12. Zgodnie z § 10 Mutterschutzgesetz (austriackiej ustawy o ochronie matek pracujących, zwanej dalej „MSchG”) nie można w sposób zgodny z prawem rozwiązać umowy o pracę z pracownicami w okresie trwania ciąży oraz w okresie czterech miesięcy po porodzie, o ile pracodawca został poinformowany o tych okolicznościach przed dokonaniem wypowiedzenia lub w terminie pięciu dni od powiadomienia o nim lub jego doręczeniu.

13. Ponadto Fortpflanzungsmedizingesetz (austriacka ustawa o zastosowaniu medycyny w dziedzinie rozrodu wspomaganego, zwana dalej „FMedG”) definiuje „komórki zdolne do rozwoju” jako zapłodnione komórki jajowe i komórki z nich powstałe (§ 1 ust. 3), zezwalając na ich przechowywanie przez maksymalny okres 10 lat (§ 17 ust. 1).

III — Stan faktyczny, postępowanie przed sądem krajowym oraz pytanie prejudycjalne

14. Sabine Mayr pracuje jako kelnerka dla Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner od dnia 3 stycznia 2005 r.

15. Po niemal półtoramiesięcznej terapii hormonalnej w dniu 8 marca 2005 r. pobrano od niej komórki jajowe, a lekarz domowy wypisał jej zwolnienie od dnia 8 do 13 marca, dnia, w którym nastąpić miał transfer dwóch embrionów do macicy¹⁰.

16. W tym czasie, w dniu 10 marca, podczas rozmowy telefonicznej pracodawca wypowiedział jej umowę o pracę z dniem 26 marca 2005 r. W piśmie również z dnia 10 marca S. Mayr poinformowała pracodawcę o zabiegu zaplanowanym na dzień 13 marca 2005 r. Zdaniem sądu krajowego za udowodnione należy uznać, iż w dniu wypowiedzenia komórki jajowe pobrane od zainteresowanej zostały już zapłodnione nasieniem jej partnera, w ten sposób, że istniały już embriony in vitro.

17. W tych okolicznościach S. Mayr dochodzi od pracodawcy na drodze sądowej zapłaty wynagrodzenia i dodatkowego wynagrodzenia stanowiącego procent jej rocznych zarobków, podnosząc, że wypowiedzenie z dnia 10 marca 2005 r. było bezskuteczne, ponieważ od dnia 8 marca, kiedy to dokonano zapłodnienia in vitro jej komórki jajowej, korzysta ona z ochrony przed wypowiedzeniem z § 10 ust. 1 MSchG. Pracodawca wniósł o oddalenie powództwa, ponieważ w chwili dokonania wypowiedzenia pracownica nie była jeszcze w ciąży.

10 — We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest mowa o tym, iż S. Mayr poddała się dwóm innym zabiegom sztucznego zapłodnienia, przy czym nie wspomina on o dacie.

18. Landesgericht Salzburg (sąd pierwszej instancji kraju związkowego Salzburg) uznał w pierwszej instancji żądanie Sabiny Mayr, stwierdzając, że zgodnie z orzecznictwem Oberster Gerichtshof, ochrona kobiet ustanowiona w § 10 MSchG rozpoczyna się w chwili zapłodnienia komórki jajowej oraz że w związku z tym powinna ona zostać rozciągnięta także na zapłodnienie in vitro, ponieważ celem MSchG jest zapewnienie środków utrzymania matce.

19. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner odwołał się od tego wyroku do Oberlandesgericht Linz (sądu apelacyjnego), który uchylił wyrok sądu pierwszej instancji, opierając się na tym, że niezależnie od tego, od którego momentu ciąży rozpoczynają się zmiany hormonalne, nie można rozpatrywać ciąży w oderwaniu od ciała, w którym ona się rozwija. W związku z tym w przypadku zapłodnienia in vitro ciąża — a tym samym ochrona przed zwolnieniem — rozpoczyna się w momencie umieszczenia zapłodnionej komórki jajowej w jamie macicy.

20. Nie zgadzając się z wyrokiem sądu odwoławczego S. Mayr zaskarżyła go do Oberster Gerichtshof. Stwierdzając, iż rozstrzygnięcie sporu zależy od wykładni przepisów prawa wspólnotowego, sąd austriacki zwrócił się na podstawie art. 234 WE do Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy pracownicę, która poddaje się zabiegowi zapłodnienia in vitro, należy uważać

za »pracownicę w ciąży« w rozumieniu art. 2 lit. a) pierwsza część zdania dyrektywy Rady 92/85/EWG z dnia 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią (dziesiąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG), jeżeli w momencie wypowiedzenia jej komórki jajowe zostały już zapłodnione nasieniem partnera w ten sposób, że istnieją już embriony in vitro, aczkolwiek nie zostały one jeszcze umieszczone w ciele kobiety?».

IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

21. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 14 grudnia 2006 r.

22. Uwagi na piśmie złożyli pozwana w pierwszej instancji w postępowaniu przed sądem krajowym, Komisja oraz rządy grecki, włoski i austriacki.

23. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 16 października 2007 r., uczestniczyli celem wygłoszenia swoich uwag przedstawiciele rządów austriackiego oraz greckiego, a także Komisja.

zakazuje zwolnienia pracownicy „w okresie od początku ciąży do końca urlopu macierzyńskiego”¹¹. W związku z tym zakazane jest zwolnienie z chwilą rozpoczęcia się okresu brzemienności „kobiety w ciąży”, które to pojęcie zostało określone w art. 2 lit. a), w którym dodaje się, że pracownica powinna poinformować o swym stanie swojego pracodawcę „zgodnie z prawem krajowym i/lub praktyką krajową”.

V — Analiza pytania prejudycjalnego

A — *W przedmiocie zastosowania dyrektywy 92/85*

1. Pojęcie „pracownica w ciąży”

24. Wątpliwość Oberster Gerichtshof dotyczy zakresu zastosowania dyrektywy 92/85, a w szczególności określenia, co dla celów ochrony stosunku pracy rozumie się pod pojęciem „pracownica w ciąży”.

25. Powołana dyrektywa przyjęta została na podstawie art. 118A traktatu (obecnie art. 138 WE) w celu ochrony w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią. W ten sposób art. 10

2. Uprzednia formalność: poinformowanie pracodawcy

26. Pozostawiając chwilowo na boku kwestię — oczywiście kluczową — dotyczącą momentu rozpoczęcia się ciąży, należy rozpatrzyć przesłankę poinformowania pracodawcy, ponieważ spółka pozwana przed sądem krajowym utrzymuje w swoich uwagach, że pomimo iż S. Mayr była w ciąży w sensie medycznym, to jednak nie może powoływać się na ochronę na podstawie dyrektywy, ponieważ nie przekazała tej informacji swojemu pracodawcy.

27. Niemniej jednak powołany art. 2 odsyła do uregulowań każdego z państw

¹¹ — „[C]hyba że zachodzą szczególne przyczyny, niezwiązane z ich stanem, dopuszczone w prawie krajowym i/lub praktyce oraz, w stosownych przypadkach, odpowiednie władze wyraziły na to zgodę” (art. 10 ust. 1).

członkowskich w celu ustalenia sposobu oraz terminu przekazania informacji, i do sądu krajowego należy ocena tych kwestii. Jednakże zgodnie z przedstawionym prawem austriackim nie wydaje się zbyt ryzykowne stwierdzenie, iż poinformowanie nastąpiło we właściwym czasie, ponieważ § 10 MSchG zezwala na to, aby nastąpiło ono w terminie 5 dni od daty dokonania pracownicy wypowiedzenia, a S. Mayr jeszcze tego samego dnia, w którym miała miejsce rozmowa telefoniczna z pracodawcą, wysłała pismo, informując o zawiłościach związanych z jej ciążą.

dotycząca początku ciąży wpisuje się często-kroć w kontekst dyskusji nad aborcją. W zależności od chwili, na którą się ustali ów początek, niektóre środki uznawane są za (prewencyjne) instrumenty kontroli urodzeń (np. środki antykoncepcyjne) lub za techniki przerywania ciąży. Konotacje etyczne tej dyskusji przemawiają za oddzieleniem jej od przedstawionej tutejszemu Trybunałowi kwestii ściśle prawnej, polegającej na określeniu, kiedy dana kobieta uzyskuje ochronę na podstawie dyrektywy 92/85, a nie kiedy rozpoczyna się proces biologiczny zmierzający do narodzin nowej istoty.

3. Początek ciąży, stan fizyczny kobiety, która może zostać objęta ochroną

28. Po wyjaśnieniu wcześniejszej kwestii należy przejść do sedna sporu, sprowadzającego się do określenia, kiedy dana kobieta jest w ciąży, a tym samym chroniona jest przez dyrektywę 92/85, która nie zawiera żadnego postanowienia w tym względzie [odesłanie z art. 2 lit. a) do „prawa krajowego i/lub praktyk krajowych” dotyczy wyłącznie informacji przekazywanej pracodawcy, na co trafnie wskazuje Komisja w pisemnych uwagach]. Milczenie dyrektywy zmusza do sięgnięcia do nauk medycznych.

29. Wcześniej jednak należy podkreślić ważną kwestię, a mianowicie, że kontrowersja

30. Zazwyczaj ginekolodzy i położnicy posługują się różnymi chronologicznymi punktami orientacyjnymi dla obliczenia okresu ciąży: ostatni dzień menstruacji danej kobiety, dzień owulacji, data zapłodnienia, data zagnieżdżenia się w ścianie macicy lub data, w której ciąża może zostać chemicznie wykryta. Bez uszczerbku dla wszystkich pozostałych kryteriów początek ciąży tradycyjnie sytuowany jest w „poczęciu”.

31. W 1875 r., opierając się na badaniach przeprowadzonych na jeźwocach, Oskar Hertwig odkrył, że do poczęcia dochodzi z chwilą przeniknięcia plemnika do komórki jajowej [zapłodnienie]¹². Od tego momentu

12 — Źródło: „Encyclopædia Universalis”, hasło „embryologie”.

zatem poczęcie wiązane jest z procesem opisanym przez zoologa niemieckiego; od połowy minionego wieku z pojęciem zagnieżdżenia się zapłodnionego jajeczka w ścianie macicy, a następnie z blastocystą.

32. W tym momencie należy dokonać krótkiego streszczenia¹³: po zapłodnieniu komórki jajowej przez plemnik zygota przesuwa się do macicy, podlegając kolejnym podziałom komórkowym. Około piątego dnia od zapłodnienia można mówić o wewnętrznej grupie komórek, stanowiących zarodek oraz zewnętrznej błonie stanowiącej łożysko. Około szóstego dnia owa blastocysta przywiera do błony śluzowej macicy i dochodzi do zagnieżdżenia lub implantacji.

33. Zapłodnienie i implantacja są w związku z tym dwoma wydarzeniami, którymi zmiennie posługują się naukowcy w celu określenia początku ciąży. Ów wybór, niewolny od przesądów, i konsekwencji praktycznych¹⁴, nabiera złożonego charakteru wówczas, gdy tak jak w przypadku S. Meyr, zamierza się dokonać prokreacji przy wykorzystaniu technik wspomaganego rozrodu. Nie oceniając obydwu stanowisk na płaszczyźnie naukowej, różnego rodzaju okoliczności skłaniają mnie do przyjęcia, iż ochrona prawna kobiety w ciąży rozpoczyna się z chwilą

implantacji blastocysty w macicy. Opieram się na czterech argumentach o różnej doniosłości: a) literaturze specjalistycznej, która ukierunkowuje się w ten sposób, b) samym znaczeniu słowa „ciąża”, które nie jest sprzeczne z podejściem naukowym, c) głównym celu dyrektywy, który zmierza do ochrony bezpieczeństwa i zdrowia pracownicy w ciąży, oraz d) wreszcie, iż owa ochrona nie może przedłużać się sine die.

a) Pojęcie ciąży według FIGO

34. Przemawiającym argumentem w tej dziedzinie jest liczba niektórych organizacji i podmiotów międzynarodowych, o niezaprzeczalnej kompetencji, które opowiadają się za momentem zagnieżdżenia. W ten sposób na przykład komitet ds. badań nad aspektami etycznymi rozrodu ludzkiego Międzynarodowej Federacji Ginekologów i Położników (FIGO), w deklaracji z Kairu z marca 1998 r. określił ciążę jako część procesu rozrodu ludzkiego, „który rozpoczyna się u kobiety wraz z implantacją »produktu zapłodnienia« i który kończy się narodzinami dziecka lub aborcją”¹⁵.

13 — Dane zaczerpnięte z „Encyclopædia Britannica”, hasło „pregnancy”, s. 675.

14 — Z wyżej przedstawionych powodów obydwu zdarzenia dzieli zazwyczaj pięć lub sześć dni.

15 — Deklaracja opublikowana w „Zleceniach w kwestii etyki położników i ginekologów komitetu ds. badań nad aspektami etycznymi rozrodu ludzkiego FIGO” (listopad 2006 r.): http://www.figo.org/about_guidelines.asp.

35. Zgodnie z tą wykładnią w chwili wypowiedzenia jej umowy o pracę S. Mayr nie była pracownicą w ciąży w rozumieniu dyrektywy 92/85, ponieważ pomimo iż w tym momencie jej komórki jajowe były już zapłodnione w laboratorium, to jednak nie zostały one przetransferowane do jej organizmu i nie doszło do zagnieżdżenia¹⁶.

36. Zagłębiając się w przedstawienie stanu faktycznego S. Mayr, po niemal półtoramiesięcznej terapii hormonalnej w dniu 8 marca 2005 r. pobrano od niej komórki jajowe, a lekarz wypisał jej zwolnienie lekarskie na pięć dni. W dniu 10 marca została zwolniona, w czasie gdy w laboratorium hodowano już pobrane komórki jajowe, które zgodnie z dostarczonymi informacjami były już zapłodnione. Transfer powstałych w ten sposób embrionów nastąpił trzy dni później, w dniu 13 marca.

16 — Zapłodnienie in vitro, któremu poddała się S. Mayr, jest obecnie jedną z najczęściej stosowanych technik wspomagającego rozrodu ludzkiego; składa się z kilku faz: 1) stymulacji hormonalnej jajników za pomocą zastrzyków domięśniowych lub podskórnych w celu uzyskania kilku komórek jajowych w tym samym cyklu (jest to niezbędne, albowiem nie wszystkie pobrane komórki jajowe przekształcają się w embriony zdolne do transferu); 2) poboru komórek jajowych poprzez punkcję przez pochwę pod kontrolą USG, który to zabieg trwa około piętnastu minut pod znieczuleniem, a pacjentka może iść do domu po dwudziestu lub trzydziestu minutach; 3) hodowli in vitro embrionu poprzez umieszczenie komórek jajowych z pobranym nasieniem; do zapłodnienia dochodzi dnia następnego. Tak pozyskane embriony przechowywane są w środowisku dogodnym dla ich rozwoju; 4) transferu zapłodnionych komórek jajowych do narządów rodnych kobiety (do macicy lub jajowodów), w zależności od stanu embrionów najwłaściwszym czasem dla dokonania tego zabiegu jest okres pomiędzy drugim a szóstym dniem od zapłodnienia jajeczek; liczba przetransferowanych embrionów zależy również od różnych czynników, przeciętnie wynosi dwa lub trzy; 5) po transferze określonej liczby embrionów pozostałe są zamrażane w celu ich przechowywania. (Źródło: Instituto Valenciano de Infertilidad. <http://www.ivi.es/tratamientos/fecundacion.htm>).

37. W związku z tym, skoro ww. definicja FIGO przyjmuje, że początek ciąży następuje po implantacji „produktu zapłodnienia” do ciała kobiety, S. Mayr nie była w ciąży, w chwili gdy dokonano jej wypowiedzenia.

b) Zwyczajowe rozumienie terminu ciąży

38. Wniosek ten jest zgodny ze zwyczajowym rozumieniem słowa „ciąża” w nauce medycznej, gdzie używany jest dla oznaczenia procesu zawartego pomiędzy poczęciem a narodzinami. Takie znaczenie pojawia się również w „schroniskach przed surową rzeczywistością”, jakimi są słowniki¹⁷. Ciąża definiowana jest utożsamiana z rozwojem nowej istoty w brzuchu matki, co nie miało miejsca w dniu wypowiedzenia dokonanego S. Mayr. Nie zmienia tego okoliczność, iż później zaszła w ciążę, ani okoliczność, że gdy nie pracowała, doszło w laboratorium do zapłodnienia komórek jajowych, ponieważ

17 — J. A. Pascual, „La Historia como pretexto”, przemowa wygłoszona w dniu 10 marca 2002 r. na publicznym wystąpieniu przed Real Academia Española, Madryt 2002, s. 82. Dodaje, że „Diccionario de la Academia” [słownik Akademii] może być pomocny każdemu w różnych miejscach, nawet samej Radzie [Akademii], skoro L. Alas „Clarín” w swojej świetnej noweli „La Regenta”, wyd. G. Sobejano, wyd. 5, Ed. Castalia, Madryt 1990, t. 1, s. 254, umieszcza jeden z egzemplarzy tego słownika w kasynie miejskim. Dokładniej, „Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española” określa ciążę jako „stan, w którym znajduje się kobieta w ciąży”, a słownik Akademii Francuskiej jako „stan kobiety w ciąży w trakcie tego stanu”.

nie chodzi tu o ocenę tego, jak sugeruje pozwany pracodawca¹⁸, czy zygota była już nasciturusem w rozumieniu prawnym, lecz o zbadanie tego, czy była to ciąża.

wiedza o tym, że embriony nie znajdowały się jeszcze w macicy S. Mayr, aby wykluczyć jej ciążę w chwili, gdy dokonano jej wypowiedzenia.

39. Nie zgadzam się również z rządem greckim, kiedy w pkt 17 swoich pisemnych uwag podnosi, iż okoliczność, że w przypadku zapłodnienia in vitro zainteresowana mogła wycofać się do czasu samego przenieśnięcia zapłodnionych komórek jajowych, nie oznacza, że jej sytuacja różni się od sytuacji ciąży naturalnej, przy której również możliwe jest dobrowolne przerwanie ciąży. Bez dokonywania moralnej oceny obydwu sytuacji można zauważyć jeden element różniący je pod względem prawnym, a mianowicie, w przypadku zapłodnienia in vitro brak jest życia w łonie matki do czasu dokonania implantacji.

c) Ratio legis dyrektywy

41. Wniosek, iż S. Mayr nie była w ciąży, jest zgodny z ratio legis dyrektywy 92/85, który kładzie stanowczo nacisk na to, aby przyznana przez nią ochrona skierowana była na poprawę bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, co związane jest z jej stanem fizycznym. Motyw piętnasty dyrektywy wyjaśnia, że zakaz zwolnienia pracownic w ciąży ma na celu uniknięcie negatywnych skutków, jakie decyzja ta mogłaby mieć dla fizycznego i umysłowego stanu pracownic.

40. Ponadto rząd austriacki opiera się na ochronnym celu dyrektywy 92/85 dla stwierdzenia, że skoro do naturalnego poczęcia dochodzi w wyniku połączenia komórki jajowej z plemnikiem w ciele matki, to w przypadku zapłodnienia in vitro do poczęcia dochodzi w drodze transferu zapłodnionych w laboratorium komórek jajowych do macicy. W związku z tym nie byłoby potrzeby czekać na „zagnieżdżenie”, (które następuje jeszcze pięć lub sześć dni później). Niemniej jednak uważam rozważania te za zbyt techniczne, ponieważ wystarczająca jest

42. W ten sposób ratio legis interpretowane było w orzecznictwie wspólnotowym, w wyrokach z dnia 30 czerwca 1998 r. w sprawie Brown¹⁹, oraz z dnia 4 października 2001 r. w sprawie Tele Danmark²⁰, w których stwierdzono, że zagrożenie wypowiedzeniem skłania zainteresowaną do dobrowolnego przerwania ciąży²¹. Przepis, o którego zakres zastosowania pyta sąd

19 — Sprawa C-394/96, Rec. s. I-4185.

20 — Sprawa C-109/00, Rec. s. I-6993.

21 — Podobne stanowisko znajduje się w przedstawionych w tych sprawach opiniach z dnia 5 lutego 1998 r. oraz z dnia 10 maja 2001 r.

18 — Punkt 5 jego pisemnych uwag.

krajowy, zmierza do ochrony biologicznego stanu ciężarnej. Również pożądana ochrona prawa kobiety do prokreacji (abstrakcyjnie), do zajścia w ciążę i porodu, tak aby jej praca nie stanowiła przeszkody nie do pokonania, wydaje się być także zagwarantowana w ramach wspólnotowych, niemniej jednak poza systemem dyrektywy 92/85.

d) Możliwość odroczenia transferu embriónów

43. Również i inny argument skłania mnie do odmowy przyznania korzyści wynikającej ze środków przewidzianych w dyrektywie 92/85 pracownicy, która tak jak S. Mayr w chwili dokonania jej wypowiedzenia przeszła już punkcją w celu poboru komórek jajowych, jednakże nie zostały wprowadzone do jej pochwy embriony będące wynikiem zapłodnienia *in vitro*, z którego to względu nie stwierdzono, iż procedura zakończyła się sukcesem ani też iż doszło do zagnieżdżenia. Pomiędzy obydwojema etapami zazwyczaj upływa kilka dni; ponadto zapłodnione w laboratorium komórki jajowe nie zawsze są natychmiast transferowane do narządów rodnych kobiety, ponieważ możliwe jest ich zamrożenie na określony czas w celu ewentualnego użycia.

44. Państwa członkowskie dysponują szerokim wachlarzem przepisów, które oscylują

pomiędzy przewidzianym w ustawodawstwie włoskim zakazem przechowywania zapłodnionych komórek jajowych²² a niedawną ustawą hiszpańską 14/2006 z dnia 26 maja 2006 r. w sprawie technik wspomaganego rozrodu ludzkiego²³, która zezwala na krio-konserwację komórek jajowych, tkanki jajnikowej i pozostałych zarodków do czasu stwierdzenia przez właściwych lekarzy, iż biorca nie spełnia przesłanek klinicznych dla wspomaganego rozrodu²⁴. Pozostałe przepisy krajowe zezwalają na przechowywanie zdolnych do życia embriónów przez określony maksymalny czas, który w Austrii ustalony został na dziesięć lat (art. 17 ust. 1 FMedG).

45. W takich okolicznościach Trybunał Sprawiedliwości orzekłby (tak jakby tego chciał na przykład rząd grecki), że ochrona kobiety w ciąży przez dyrektywę 92/85 rozpoczyna się wraz z zapłodnieniem komórki jajowej a nie z implementacją, zakaz zwolnienia z § 10 zostałby rozciągnięty na okres nieokreślony i nadmiernie długi, co byłoby sprzeczne z celem przepisu, jakim jest ochrona kobiety w ciąży z uwagi na jej wrażliwą sytuację, a nie kobiety, która w ten czy inny sposób w przyszłości zamierza zająć w ciążę.

22 — Artykuł 14 ustawy nr 40 z dnia 19 lutego 2004 r., który powołuje rząd włoski w pkt 19 swoich uwag. Chodzi o ogólny zakaz, od którego istnieją wyjątki jedynie w przypadku siły wyższej.

23 — B.O.E. z dnia 27 maja 2006 r.

24 — Takie stanowisko zajął prawodawca francuski, ponieważ w art. L. 2141-4 Code de la santé publique (kodeksu zdrowia publicznego) (wprowadzonego przez ustawę z dnia 6 sierpnia 2004 r.), zobowiązuje daną parę (lub osobę pozostałą przy życiu, w przypadku zgonu) dla celów przechowywania embriónów do corocznego składania oświadczenia, iż „planują zostać rodzicami”, w ten sposób, że jeżeli nie złożą takiego oświadczenia, komórki jajowe zostają zniszczone po upływie pięciu lat.

46. Pomimo iż z prawnego punktu widzenia taka ewentualność wydaje się wyłączona praktycznie we wszystkich państwach członkowskich, tak z technicznego punktu widzenia możliwa jest implantacja zapłodnionych komórek jajowych jednej kobiety do macicy innej kobiety (tak jest w przypadku „matek zastępczych”), z którego to względu wreszcie na ochronę przewidzianą w dyrektywie mogłaby powoływać się pracownica, która nie jest w ciąży ani nigdy nie będzie.

47. Mniej przekonujący wydaje się argument (podniesiony przez rząd włoski) o znikomym prawdopodobieństwie zakończenia sukcesem przeniesienia zapłodnionych in vitro komórek jajowych, ponieważ wówczas należałoby stwierdzić, że również zapłodnienie „naturalne” czasami kończy się aborcją spontaniczną, co również powodowałoby ustanie ochrony.

4. Wniosek

48. Z uwagi na powyższe proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Oberster Gerichtshof orzekł, że pracownica, która poddała się zabiegowi zapłodnienia in vitro, nie jest „pracownicą w ciąży” w rozumieniu art. 2 lit. a) pierwsze półzdanie dyrektywy 92/85, jeżeli w momencie wypowiedzenia jej komórki jajowe zostały zapłodnione w laboratorium, ale nie zostały one jeszcze umieszczone w ciele kobiety.

49. Ponadto choć dyrektywa 92/85 stanowi uregulowanie de minimis i nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwa członkowskie wprowadziły szerszą ochronę, to jednak ustawodawca austriacki nie postąpił w ten sposób, czego w żadnym razie nie można mu zarzucić.

B — W przedmiocie ochrony w ramach dyrektywy 76/207

50. Ów wstępny wniosek, materialnie ograniczony do granic wniosku przedstawionego przez sąd austriacki, nie sprzeciwia się jednak głębszej analizie sprawy przed sądem krajowym, tak by sprawdzić, czy zwolnienie pracownicy w opisanym stanie faktycznym oznacza dyskryminację sprzeczną z zasadą równego traktowania kobiet i mężczyzn.

51. Bardziej dogłębna analiza jest usprawiedliwiona, ponieważ ochrona macierzyństwa jest celem zarówno dyrektywy powołanej przez sąd krajowy, jak i innych przepisów wspólnotowych, w szczególności dyrektywy 76/207, która ustanawia wspomnianą

równość płci pod względem dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego i warunków pracy.

52. W porównaniu z dyrektywą 92/85, późniejszą i zmierzającą do wspierania poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, dyrektywa 76/207 przyjęta została w celu realizacji szerszego celu, zmierzając do zapewnienia równości pomiędzy mężczyznami i kobietami w miejscu pracy. Z tego też względu art. 10 dyrektywy 92/85 zawiera zakaz zwolnień „w okresie od początku ciąży do końca urlopu macierzyńskiego”, podczas gdy dyrektywa 76/207 nie wspomina bezpośrednio możliwości zwolnienia z powodu ciąży, ograniczając się do ustanowienia równego traktowania (art. 5 ust. 1), co „oznacza brak dyskryminacji ze względu na płeć, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej, w szczególności przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego” (art. 2 ust. 1)²⁵.

53. Wykładnia tego przepisu doprowadziła do ukształtowania się utrwalonego orzec-

nictwa, zgodnie z którym, pomimo iż ciąża nie prowadzi do dyskryminacji opartej na płci, to jednak dotyczy ona tylko kobiety, z którego to względu decyzje z zakresu zatrudnienia, które mogłyby być dla niej niekorzystne, uzasadnione ewentualną ciążą, stanowią dyskryminację zakazaną przez dyrektywę 76/207.

54. Zasada równego traktowania ustanowiona w dyrektywie 76/207 wymaga, aby sama tylko przynależność do płci żeńskiej nie stanowiła uzasadnienia dla systemu szczególnego i bardziej korzystnego niż system, którym w tych samych okolicznościach objęci są mężczyźni.

55. Jednakże owa zasada równego traktowania tylko wtedy wyłącza różne zasady dla podobnych sytuacji, gdy zachodzą ku temu obiektywne powody. Jest to zasada ze znaczącymi wyjątkami, jak to wynika z art. 2 dyrektywy 76/207, który upoważnia państwa członkowskie do uregulowania dziedzin działalności zawodowej, w których ze względu na charakter lub warunki ich wykonywania płeć pracownika stanowi czynnik rozstrzygający (ust. 2), o ile jej zastosowanie „nie narusza przepisów dotyczących ochrony kobiet, zwłaszcza jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo” (ust. 3), ani „środków mających na celu promowanie równości szans dla

25 — J. Gorelli Hernández w „Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, w *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nr 97, 1999, s. 729, twierdzi, że art. 10 dyrektywy 92/85 nie ogranicza się do zakazu zwolnień mających dyskryminujący charakter, lecz że zakazuje jakichkolwiek zwolnień w okresie od początku ciąży do końca urlopu macierzyńskiego. Niemniej jednak, aczkolwiek zakaz z powołanego art. 10 jest zakazem ogólnym i bezwarunkowym, to jednak zachowuje on pewien związek z zakazem dyskryminacji ze względu na płeć, dopuszczając zwolnienia w przypadkach, gdy „zachodzą szczególne przyczyny, niezwiązane z ich stanem”.

kobiet i mężczyzn, w szczególności poprzez usuwanie istniejących nierówności dotyczących kobiet” (ust. 4)²⁶.

56. W ten sposób w wyroku z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie Stoeckel²⁷, Trybunał orzekł zgodnie z propozycją rzecznika generalnego²⁸, iż zakaz pracy w nocy dotyczący w szczególności kobiet jest sprzeczny z dyrektywą 76/207, ponieważ nie wykazano, że takie godziny pracy powodują niedogodności lub skutki różniące się w zależności od płci pracownika. Poniżej przedstawię czynniki, które przemawiają w tym wypadku za nierównością na korzyść kobiecej siły roboczej, wyjaśniając, że niedogodności pracy nocnej, z wyjątkiem ciąży i macierzyństwa, nie narażają kobiet na większe zagrożenia niż mężczyźni²⁹.

57. W związku z tym ciąża jest okolicznością, która wiąże się z określonymi korzyściami w dziedzinie zatrudnienia dla kobiety. Niemniej jednak sytuacja ta nie uzasadnia każdego naruszenia zasady równości, a jedynie naruszenia podyktowane

obiektywną koniecznością³⁰, co ma miejsce w przypadku na przykład zakazu zwolnienia kobiety w okresie ciąży. W orzecznictwie Trybunału spotykamy się z jednolitym stanowiskiem w tym względzie.

58. W wyroku z dnia 5 maja 1994 r. w sprawie Habermann-Beltermann³¹ Trybunał nie dopuścił rozwiązania umowy o pracę z powodu ciąży na tej podstawie, iż pracownica przejściowo nie mogła wykonywać swoich obowiązków pracowniczych. W wyroku z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie Webb³² Trybunał uznał za dyskryminujące zwolnienie pracownicy w ciąży zatrudnionej na czas nieokreślony w szczególnym celu początkowo zastąpienia innej pracownicy, która znajdowała się na urlopie macierzyńskim.

59. Duże rozbieżności pojawiły się w orzecznictwie odnośnie do kwestii zwolnień opartych na powtarzających się przerwach w pracy związanych z porodem lub ciążą, które nastąpiły jednak po upływie urlopu macierzyńskiego. W wyroku z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie Hertz³³ Trybunał

26 — M. Rodríguez Piñero, „Discriminación, igualdad de trato y acción positiva” w pracy zbiorowej „La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral”, wyd. Aranzadi, Pampluna 1997, s. 105, twierdzi, że dąży się do uelastycznienia zakresu równego traktowania pomiędzy płciami.

27 — Sprawa C-345/89, Rec. s. I-4047. Podobnie wyrok z dnia 3 lutego 1994 r. w sprawie C-13/93 Minne, Rec. s. I-371.

28 — Opinia rzecznika generalnego G. Tesaura z dnia 24 stycznia 1991 r.

29 — W ten sposób zmierza się do uniknięcia środków, które pod pozorem ochrony przemycac będą koncepcje dyskryminacji kobiet ze szkodą dla kobiet, utrudniając im dostęp do rynku pracy i normalne wykonywanie ich działalności zawodowej. W tym kierunku hiszpański trybunał konstytucyjny w wyroku 229/1992 orzekł o niezgodności z konstytucją zakazu pracy kobiet w sektorze górnictwa, przyjmując, iż zakaz ten odpowiada raczej stereotypowi (domniemana słabość płci żeńskiej) niż rzeczywistym naturalnym lub biologicznym cechom, stanowiąc czynnik dyskryminacji kobiet.

30 — W ten sposób art. 7 dyrektywy 92/85 uzależnia wykluczenie nocnej pracy kobiet od przedstawienia zaświadczenia lekarskiego stwierdzającego, że taki środek jest niezbędny dla jej bezpieczeństwa lub zdrowia.

31 — Sprawa C-421/92, Rec. s. I-1657.

32 — Sprawa C-32/93, Rec. s. I-3567.

33 — Sprawa C-179/88, Rec. s. I-3979.

stwierdził, że zwolnienie pracownicy z powodu jej ciąży stanowi dyskryminację bezpośrednią ze względu na płeć, w myśl dyrektywy 76/207³⁴, dodając w dalszej części, że poza okresem ciąży oraz wspomnianego urlopu należy zwolnić kobietę, podobnie jak mężczyznę, z powodu nieobecności wynikających z choroby, pomimo iż wynikają one z porodu lub ciąży.

60. W innej podobnej sprawie dotyczącej pani Larsson proponuję Trybunałowi³⁵, aby potwierdził orzecznictwo, które wyznacza granice terminowi urlop macierzyński, od której jakakolwiek przypadłość, pomimo swojego położniczego rodowodu, regulowana jest przez system ogólny stosowany do wszystkich pracowników, podczas gdy okresy niezdolności do świadczenia pracy spowodowane ciążą przed porodem nie mogłyby zostać zrównane ze zwolnieniem mężczyzny z tytułu nieobecności w pracy z powodu choroby. Trybunał w wyroku z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie Larsson³⁶ nie podzielił w tym punkcie moich wniosków, stwierdzając, że dyrektywa 76/207 nie sprzeciwia się zwolnieniom z tytułu nieobecności wynikających z choroby, która pojawia się w okresie ciąży lub porodu, niezależnie od późniejszego przedłużenia urlopu macierzyńskiego.

34 — Podobnie jak w wyroku z tego samego dnia w sprawie C-177/88 Dekker, Rec. s. I-3941, Trybunał orzekł w ten sposób co do przypadku odmowy zatrudnienia kobiety w ciąży.

35 — Opinia z dnia 18 lutego 1997 r.

36 — Sprawa C-400/95, Rec. s. I-2757.

Dopuszczył również zaliczenie przy obliczaniu okresu uzasadniającego zwolnienie z pracy zgodnie z prawem krajowym nieobecności, które miały miejsce pomiędzy początkiem ciąży a urlopem macierzyńskim.

61. Trybunał odszedł jednakże w niecały rok później od takiej wykładni, gdy w ww. wyroku w sprawie Brown, zgadzając się z moją opinią, która stanowiła powtórzenie rozważań w sprawie Larsson, nie zaliczył dni zwolnienia z tytułu choroby spowodowanej przez ciążę lub poród, nabytej w trakcie ciąży, która trwała w trakcie urlopu macierzyńskiego i po nim, w celu obliczenia okresu, który umożliwił jej zwolnienie na podstawie prawa brytyjskiego.

62. W wyroku z dnia 19 listopada 1998 r. w sprawie Høj Pedersen i in.³⁷ Trybunał potwierdził tę doktrynę, uznając za sprzeczny z prawem wspólnotowym przepis duński, który upoważniał pracodawcę do nakazania pracownicy w ciąży zaprzestania pracy bez otrzymania całości wynagrodzenia, jeżeli uważał, że nie może jej zatrudnić. Wyrok w sprawie Tele Danmark wprowadził niuans do rozwiązywania umów na czas nieokreślony zgodnie z moją opinią z dnia 10 maja 2001 r., przyznając, że dyrektywa 76/207

37 — Sprawa C-66/96, Rec. s. I-7327.

uniemożliwia zwolnienie pracownicy zatrudnionej na czas określony, która poinformowała pracodawcę o ciąży (pomimo iż wiedziała o tym w chwili podpisania umowy) oraz która w związku z tym nie była zdolna do wykonywania swych obowiązków przez znaczną część obowiązywania umowy.

63. Wreszcie należy zwrócić uwagę na dwa wyroki: na wyrok z dnia 20 września 2007 r. w sprawie Kiinski³⁸ (Zb.Orz. s. I-7643), w którym wyłącza się możliwość odmowy przyznania urlopu macierzyńskiego pracownicy, która czasowo nie świadczy już pracy na podstawie zwolnienia innego rodzaju; oraz na wyrok z dnia 11 października 2007 r. w sprawie Paquay³⁹ (Zb.Orz. s. I-8511), w którym stwierdza się, że dyrektywa 92/85 zakazuje zarówno samego zwolnienia, jak i przygotowań do niego, na przykład poprzez poszukiwanie zastępstwa.

64. Wszystkie te wyroki koncentrują się wokół centralnej idei, iż ciąża jest rzeczywistością fizyczną, która dotyczy wyłącznie kobiet, co stanowi zdaniem Lucindy M. Finley największą przeszkodę dla jej pełnej integracji ze światem pracy⁴⁰. W związku z tym każdy przepis z zakresu prawa pracy, który potencjalnie może być niekorzystny

dla kobiety, oparty na ciąży jest sprzeczny z dyrektywą 76/207⁴¹.

65. Do dnia dzisiejszego Trybunał Sprawiedliwości oceniał jedynie taką dyskryminację w przypadkach wypowiedzenia kobietom w ciąży na podstawie okoliczności bezpośrednio związanych z ciążą, dokonanego w trakcie ciąży albo w trakcie lub na koniec urlopu macierzyńskiego. Jednakże obecnie Oberster Gerichtshof daje tutejszemu Trybunałowi Sprawiedliwości możliwość wypowiedzenia się po raz pierwszy w kwestii zgodności z prawem wspólnotowym wypowiedzenia pracy umotywowanego ewentualnym i przyszłym macierzyństwem pracownicy, pomimo iż zostało ono dokonane jeszcze przed spornym początkiem ciąży.

66. Po stwierdzeniu istnienia tego nowego elementu wykładnia teleologiczna dyrektywy 76/207, zgodna z przeanalizowanym

38 — Sprawa C-116/06.

39 — Sprawa C-460/06.

40 — L.M. Finley, „Transcending equality theory: a way out of the maternity and the workplace debate”, w: *Columbia Law Review*, vol. 86, s. 1118, zwłaszcza s. 1119.

41 — W związku z tym znaczenie ma jego uzasadnienie. N. Bramforth w „The treatment of pregnancy under European Community sex discrimination law”, w: *European Public Law*, nr 1, 1995, s. 61, zauważa w swoim komentarzu do wyroków w sprawach Dekker i Hertz, że Trybunał Sprawiedliwości nakazał zbadanie powodów kierujących pracodawcą (to znaczy motywów) w zwolnieniu kobiety w ciąży, ponieważ ma to znaczenie dla oceny, czy jego działanie zasługuje na zakwalifikowanie go jako dyskryminację bezpośrednio w świetle dyrektywy. Należy podkreślić znaczenie określenia powodów zwolnienia, ponieważ prawidłowa ocena nie tylko umożliwiła określenie spornego zakresu ochrony, lecz także pozwala uniknąć nadmiernego opierania się na dyskusji w sprawie równości płci i użytym językiem, który w przypadku Lucindy M. Finley spowodował kontrowersję dotyczącą dyskryminacji rasowej, aczkolwiek okazuje się on nieadekwatny dla wielu problemów dzisiejszych kobiet, które znacznie awansowały w dziedzinach i przywilejach zarezerwowanych dla mężczyzn (op.cit., s. 1164).

orzecznictwem, prowadzi do stwierdzenia, że opisana sytuacja również może być objęta ochroną przez przepisy wspólnotowe.

67. Dyrektywa przedkłada zatem przed zasadą równości ochronę praw kobiet w celu uniknięcia ich dyskryminacji. W szczególności art. 2 wspomina o ochronie płci żeńskiej w zakresie ciąży i macierzyństwa (ust. 3), zakazując wyraźnie dyskryminacji przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego (ust. 1). W odróżnieniu od dyrektywy 92/85 żaden przepis dyrektywy 76/207 nie ogranicza jej przepisów do okresu życia kobiety, z którego to względu nic nie stoi na przeszkodzie jej zastosowaniu przed upływem lub po upływie ciąży lub porodu.

68. Ponadto ewolucja przedstawionego pokrótce orzecznictwa świadczy o woli tutejszego Trybunału zwiększenia ochrony kobiet w ramach macierzyństwa. W związku z tym sugeruję Trybunałowi, aby nadal podążał kierunkiem ochrony prokreacji (w granicach zasady równości) i polecił sądowi austriackiemu, żeby orzekł, w przypadku gdy po analizie odpowiednich okoliczności faktycznych okaże się, że pracodawca kierował się szczególną sytuacją S. Mayr, że wypowie-

dzenie ma charakter dyskryminacyjny i jest sprzeczne z dyrektywą 76/207⁴².

69. Rozsądek oraz nieodzowne poszanowanie zasady pewności co do prawa zmuszają mnie jednak do przypomnienia, jakie znaczenie w niniejszej sprawie ma ocena oparta na elementach stanu faktycznego w celu określenia granic czasowego zakresu ochrony.

70. Decydującym czynnikiem moim zdaniem dla stwierdzenia istnienia dyskryminacji jest to, czy wypowiedzenie zostało dokonane z uwagi na macierzyństwo, istniejące lub tylko potencjalne. Nie chodzi tutaj o nieskończone „osłanianie” przed zwolnieniem każdej kobiety w wieku płodnym lub chcącej rodzić ani też kobiety, która rozpoczęła długi i żmudny proces wspomaganego rozrodu, lecz o uniknięcie działań pracodawcy sprzecznych z zasadami równości pomiędzy kobietami i mężczyznami lub z podstawowym celem ochrony prokreacji, istniejącym w każdym nowoczesnym społeczeństwie.

42 — Pozwany pracodawca zaprzecza, iż dokonał wypowiedzenia S. Mayr z uwagi na jej przyszłą ciążę, ponieważ nie został on o tej kwestii poinformowany. Pomimo iż to do sądu krajowego należy ocena tego twierdzenia, to jednak S. Mayr znajdowała się na zwolnieniu lekarskim w chwili przeprowadzenia punkcji przez pochwę (dwa dni przed wypowiedzeniem), z którego to względu pracodawca mógł co najmniej wiedzieć o jej stanie. Niemniej jednak zgodnie z dyrektywą Rady 97/80 WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotyczącą ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć to na Bäckeri und Konditorei Gerhard Flöckner spoczywa ciężar udowodnienia, iż jej decyzja nie spowodowała jakiegokolwiek naruszenia zasady równego traktowania.

VI — Wnioski

71. Zgodnie z powyższymi rozważaniami sugeruję Trybunałowi, aby odpowiedział na pytanie prejudycjalne Oberster Gerichtshof w następujący sposób:

- 1) Pracownica, która poddała się zapłodnieniu in vitro, nie jest „pracownicą w ciąży” w rozumieniu art. 2 lit. a) pólzdanie pierwsze dyrektywy 92/85/EWG, jeżeli w momencie dokonania wypowiedzenia jej komórki jajowe zostały już zapłodnione w laboratorium, ale jeszcze nie zostały umieszczone w jej ciele.

- 2) Niemniej jednak wypowiedzenie dokonane tej pracownicy będzie stanowić dyskryminację sprzeczną z dyrektywą 76/207/EWG, jeżeli wykaże się, że było ono spowodowane jej szczególną sytuacją lub przyszłym macierzyństwem.