SARKATZIS HERRERO

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 10. november 2005 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører i det væsentlige spørgsmålet, om en kvinde, der er på barselsorlov — ud fra en fællesskabsretlig synsvinkel — udsættes for forskelsbehandling, der kan anfægtes, hvis den nationale lovgivning knytter erhvervelsen af en stilling som tjenestemand — og de dermed forbundne retsfølger — til faktisk påbegyndelse af arbejdet.

II — Retsforskrifter

A — *De nationale bestemmelser*

2. Den forelæggende ret har beskrevet de relevante nationale retsforskrifter som følger: Ifølge de spanske bestemmelser vedrørende besættelse af tjenestemandsstillinger er tjenestemandens påbegyndelse af arbejdet en forudsætning for, at hans rettigheder stiftes. Heller ikke Estatuto de personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias (vedtægten for det ikke-sundhedsuddannede personale, der gør tjeneste i sundhedsinstitutionerne), som godkendt ved bekendtgørelse af 5. juli 1971, gør nogen undtagelse i den henseende.

3. I afsnit 9 i meddelelsen fra Instituto Nacional de la Salud (herefter »Insalud«) af 3. december 1997, hvorved der blev indkaldt til den generelle udvælgelsesprøve og givet oplysning om de fælles betingelser for udvælgelsesprøverne med henblik på besættelse af ledige stillinger i diverse tjenestegrupper inden for sundhedsinstitutionerne, der hører under Insalud, blev der i punkt 2 i afsnittet vedrørende udnævnelse og tiltrædelse i stillingen givet den oplysning, at de udnævnte kandidater ville have en frist på en måned at regne fra dagen efter afgørelsens offentliggørelsesdato til at tiltræde stillingen. Det oplystes i punkt 3, at såfremt kandidaten ikke tiltrådte stillingen inden for den angivne frist, ville han eller hun miste alle de rettigheder, der fulgte af vedkommendes deltagelse i udvælgelsesprøven, medmindre forsinkelsen af den myndighed, der havde gennemført udvælgelsesprøven, skønnedes at være rimeligt begrundet.

1 — Originalsprog: tysk.

4. Efter den forelæggende rets oplysninger følger reglerne for udvælgelsesprøven bestemmelserne i Real Decreto 118/1991 af 25. januar 1991, der i artikel 12, nr. 5, bestemmer, at personer, der ikke inden for den fastsatte frist har fremlagt deres dokumenter, ikke kan udnævnes, medmindre der foreligger tilfælde af force majeure.

B — *Fællesskabsbestemmelser*

5. Rådets direktiv 76/207/EØF [2] (herefter »direktiv 76/207«) har til formål at afskaffe enhver forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår såvel arbejde som adgangsvilkår til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet, idet det dog præciseres i direktivet, at det ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

6. Desuden er der i Rådets direktiv 92/85/EØF [3] (herefter »direktiv 92/85«) fastsat visse minimumskrav for denne beskyttelse.

7. Hvad angår barselsorlov sikrer direktiv 92/85 — i direktivets artikel 8 — retten til barselsorlov i mindst fjorten sammenhængende uger, herunder en obligatorisk periode på mindst to uger. Det er desuden fastsat i direktivets artikel 11, at bevarelse af lønnen, og/eller oppebærelse af en passende ydelse, samt øvrige rettigheder i forbindelse med arbejdsaftalen skal sikres under den orlov, der er omhandlet i artikel 8.

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

8. Carmen Sarkatzis Herrero (herefter også »sagsøgeren«) anlagde den 12. september 2003 sag i et anerkendelses- og fuldbyrdelsessøgsmål mod Instituto Madrileño de la Salud (herefter »Imsalud«), hvorunder hun nedlagde påstand om, at hendes ansættelsesanciennitet i det nævnte institut blev beregnet fra udnævnelsesdatoen og ikke fra datoen for hendes tiltrædelse i stillingen.

9. Carmen Sarkatzis Herrero arbejdede som offentligt ansat med midlertidig ansættelse i den sagsøgte offentlige myndighed, først i Insalud, og senere — som følge af en overførsel af sagsområder og tjenester inden for sundhedsområdet, sammen med det til

2 — Direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

3 — Direktiv af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (EFT L 348, s. 1).

disse institutter knyttede personale, som den statslige centraladministration foretog til den selvstændige region Madrid, og som skete med virkning pr. 1. januar 2002 — i Imsalud.

10. Mens sagsøgeren stadig arbejdede i Insalud, indkaldte denne myndighed ved beslutning af 3. december 1997 ansøgere til en udvælgelsesprøve vedrørende stillinger for fastansat personale i institutionen.

11. Sagsøgeren deltog i udvælgelsesprøven og opnåede ifølge afgørelse af 20. december 2002 en stilling som administrativ assistent. Ved den samme afgørelse blev hun anvist et bestemt tjenestested og fik en frist på en måned til at tiltræde tjenesten.

12. Den 27. november 2002 rettede sagsøgeren i hovedsagen, som på daværende tidspunkt umiddelbart stod for at skulle nedkomme, en henvendelse til den offentlige myndighed, hvor hun arbejdede som midlertidigt ansat (på daværende tidspunkt allerede Imsalud), hvori hun udbad sig oplysninger om sin tjenstlige stilling med hensyn til tiltrædelsen af tjenesten og hendes barselsorlov, der kunne forudses på dette tidspunkt. Imsalud meddelte hende den 9. december 2002, at såfremt hun på et senere tidspunkt, når besættelsen af stillingen blev offentliggjort, befandt sig på barselsorlov, skulle hendes situation klarlægges, med henblik på at hun kunne få tilladelse til at udskyde tiltrædelsen i stillingen, mens barselsorloven varede. Det anførtes i den samme meddelelse til sagsøgeren i hovedsagen, at hun først når barselsorloven var slut ville få adgang til at tiltræde i stillingen, i hvilken forbindelse man henviste til en nærmere bestemt afgørelse af 3. december 1997 fra Insalud, der tilsyneladende fastsætter de kriterier, der skal følges i sådanne tilfælde.

13. Den 20. december 2002 ansøgte Carmen Sarkatzis Herrero om udsættelse med tiltrædelsen af stillingen i overensstemmelse med, hvad der var blevet meddelt hende; endvidere anmodede hun samtidig om, at barselsorlovsperioden blev medregnet i ancienniteten, og henviste til støtte herfor til den spanske lovgivning om kvindelige arbejdstageres adgang til at forene familie- og arbejdsliv. Ved meddelelse af 8. januar 2003 blev hun tildelt den nævnte udsættelse, men hendes anden anmodning blev ikke nævnt.

14. Idet den forelæggende ret lægger til grund, at sagsøgeren i hovedsagen forskelsbehandles med hensyn til hendes karriere og anciennitetsberegningen, fordi hun har udnyttet barselsorloven, har den forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal fællesskabsbestemmelserne om barselsorlov og om ligebehandling af

mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse fortolkes således, at en kvinde, der har barselsorlov, og som herunder opnår en stilling med beskæftigelse i det offentlige, skal tildeles de samme rettigheder, som de øvrige ansøgere, der har bestået prøven vedrørende adgang til ansættelse som tjenestemand?

2) Idet der ses bort fra den situation, der kan foreligge i det tilfælde, hvor en kvindelig ansat tiltræder ansættelsen for første gang, spørges med henblik på den situation, hvor der forelå et tjenesteforhold, om end dette var suspenderet på grund af udnyttelse af barselsorlov, om en kvindelig ansats adgang til en stilling som fast medarbejder eller med permanent karakter udgør en af de rettigheder til forfremmelse, hvis effektive gennemførelse ikke må berøres af den omstændighed, at hun er på barselsorlov?

3) Konkret spørges, hvorvidt det følger af de nævnte bestemmelser, og især af bestemmelserne om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, henholdsvis under beskæftigelsen, at en kvindelig midlertidigt ansat, der er på barselsorlov på det tidspunkt, hvor hun opnår en fast stilling, har ret til at tiltræde i sin administrative stilling og kan kræve status som tjenestemand med de rettigheder, der følger af en sådan status, såsom påbegyndelsen af hendes faglige karriere og hendes anciennitetsberegning i alle henseender fra det nævnte tidspunkt og på lige vilkår med de øvrige ansøgere, der har opnået en stilling, uanset at det følger af bestemmelserne i national ret, der finder anvendelse i den pågældendes situation, at udøvelsen af de rettigheder, der er knyttet til den faktiske præstation af arbejdsydelsen, kan suspenderes indtil den faktiske påbegyndelse af arbejdet?«

IV — Retlig bedømmelse

A — *Indledende bemærkninger til de præjudicielle spørgsmål og til undersøgelsen af spørgsmålene*

15. Med det første præjudicielle spørgsmål har den forelæggende ret spurgt, om det følger af det fællesskabsretlige ligebehandlingsprincip og af de fællesskabsretlige bestemmelser om barselsorlov, at en kvinde, der er på barselsorlov, og som i denne situation får en stilling i den offentlige tjeneste, har krav på samme rettigheder som de andre ansøgere, der har bestået udvælgelsesprøven vedrørende adgangen til den offentlige tjeneste.

16. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører et meget generelt spørgsmål, hvis

løsning umiddelbart kan afledes af Domstolens praksis. I dommen af 18. november 2004 i Sass-sagen [4] anførte Domstolen, at »en kvindelig arbejdstager er beskyttet i sit arbejdsforhold mod at blive stillet ringere, såfremt dette er begrundet i den omstændighed, at den pågældende er eller har været på barselsorlov« [5], uden at der herved skal skelnes imellem, om forskelsbehandlingen vedrører et eksisterende arbejdsforhold eller et arbejdsforhold, der først er etableret i tilslutning til barselsorloven.

17. Domstolen anførte i den forbindelse, at »[e]n kvinde, som behandles ringere på grund af et fravær i forbindelse med barselsorlov, [...] således bliver forskelsbehandlet som følge af hendes graviditet og denne orlov. En sådan handlemåde udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn i direktiv 76/207's forstand« [6].

18. Selv om sagsøgeren i hovedsagen formelt gør gældende, at hun er blevet behandlet ringere ved adgangen til hendes nye beskæftigelse — og ikke f.eks. i forbindelse med det eksisterende arbejdsforhold, på hvis grundlag barselsorloven blev bevilget, som f.eks. i Sass-sagen — må det fastholdes, at hun i hvert fald med henblik på adgangen til det nye tjenestemandsforhold vil være blevet behandlet ringere — i henhold til hendes anbringende »på grund af et fravær i forbindelse med barselsorlov«, således at en overførelse af løsningen i Sass-dommen umiddelbart principielt synes nærliggende.

19. Den forelæggende ret har imidlertid konkretiseret det første præjudicielle spørgsmål i det tredje præjudicielle spørgsmål med hensyn til eventuelle konkrete krav fra sagsøgeren i hovedsagens side. Den forelæggende ret ønsker nemlig med dette spørgsmål i det væsentlige at få oplyst, om fællesskabsretten for så vidt er til hinder for det krav, der gælder i henhold til national ret om en faktisk tiltrædelse af stillingen for at påbegynde tjenestemandskarrieren, da det fører til en — i forelæggelseskendelsen nærmere beskreven — forskelsbehandling af kvinder, der ikke kan tiltræde deres tjeneste på grund af barselsorlov. For at kunne give den forelæggende ret et formålstjenligt svar, skal der redegøres nærmere for forbuddet mod forskelsbehandling med henblik på den af den nationale dommer beskrevne — konkrete — forskelsbehandling, hvorfor det første og det tredje præjudicielle spørgsmål skal behandles under ét.

20. Imidlertid skal det først afklares, i lyset af hvilke fællesskabsretlige bestemmelser den foreliggende skildrede problemstilling skal efterprøves. I det første præjudicielle spørgs-

4 — Sag C-284/02, Sml. I, s. 11143.
5 — Sass-dommen, præmis 35.
6 — Sass-dommen, præmis 36.

mål tales der for så vidt kun om »fællesskabsbestemmelserne om barselsorlov og ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse«, mens de sidstnævnte bestemmelser fremhæves i det tredje præjudicielle spørgsmål. Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, idet den forelæggende ret med dette spørgsmål i det væsentlige ønsker at få oplyst, om situationen for sagsøgeren i hovedsagen skal anses for at vedrøre spørgsmålet om adgang til en ny beskæftigelse eller snarere en forfremmelse inden for et bestående arbejdsforhold.

21. I den forbindelse skal det imidlertid bemærkes, at det andet præjudicielle spørgsmål for så vidt er formuleret som et hypotetisk spørgsmål, da den forelæggende ret stiller spørgsmålet, »[i]det der ses bort fra den situation, der kan foreligge i det tilfælde«. Spørgsmålet peger ikke desto mindre på en nær sammenhæng med hovedsagen, da det — som allerede antydet — i sidste ende sigter imod, at det afklares, om tjenestemandsansættelsen af sagsøgeren i hovedsagen, efter at hun allerede før barselsorloven arbejdede på det samme tjenestested som overenskomstansat, i sidste ende skal anses som fortsættelse af et arbejde inden for rammerne af et eksisterende arbejdsforhold, eller snarere — netop på grund af de grundlæggende ændringer i hendes retlige stilling — skal anses for at være adgang til et nyt arbejde.

22. Da det andet præjudicielle spørgsmål dermed er en forudsætning for besvarelsen af det første og det tredje præjudicielle spørgsmål, forekommer det hensigtsmæssigt først at udstikke de relevante retsforskrifter og allerede i den forbindelse at besvare det andet præjudicielle spørgsmål.

B — *Om de relevante retsforskrifter*

23. Den forelæggende ret har flere gange i sin forelæggelseskendelse henvist til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS [7] (herefter »direktiv 96/34«). Den har navnlig henvist til, at der i henhold til dette direktiv principielt er et krav på efter forældreorloven at kunne vende tilbage til den samme eller en tilsvarende arbejdsplads. Den forelæggende ret har også citeret afsnit II, § 2, stk. 6, i den i bilaget til direktiv 96/34 gengivne rammeaftale, hvorefter »[e]rhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Ved orlovens ophør gælder disse rettigheder med eventuelle ændringer som følge af national ret, kollektive overenskomster eller gældende praksis.«

7 — EFT L 145, s. 4.

24. Hertil skal det dog bemærkes, at sagsøgeren i hovedsagen på det tidspunkt, hvor hun skulle tiltræde stillingen, var på barselsorlov — og ikke på forældreorlov — således at direktiv 96/34 — som den sagsøgte i hovedsagen, den spanske regering og Kommissionen har anført — ikke kan anses for at have betydning for afgørelsen.

25. For så vidt den forelæggende ret henviser til »fællesskabsbestemmelserne om barselsorlov«, anmoder den åbenbart om en fortolkning af direktiv 92/85. Om dette direktiv skal anvendes på den foreliggende sag, afhænger igen af, om den forskelsbehandling, som sagsøgeren i hovedsagen har gjort gældende, vedrører rettigheder, der skal indordnes under den beskyttelse [8], der ydes ved direktiv 92/85.

26. I denne forbindelse synes det at have betydning, at sagsøgeren i hovedsagen gik på barselsorlov, da hun var overenskomstansat. Hun har imidlertid ikke gjort gældende, at hendes rettigheder i henhold til direktiv 92/85 [9] er blevet tilsidesat med hensyn til det bestående arbejdsforhold. Det forhold, at den unge mor skal kunne vende tilbage til hendes bestående arbejdsforhold, reguleres ikke udtrykkeligt i direktiv 92/85. Det er først Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF [10], der har overtaget det væsentligste indhold af bestemmelserne i direktiv 92/85 og kodificeret det i direktiv 76/207, der fastsætter et krav på at kunne vende tilbage til det tidligere arbejde eller et tilsvarende arbejde, hvorved betingelserne herfor ikke må føre til, at den berørtes stilling forringes: Artikel 2 i direktiv 76/207 i den affattelse, der følger af direktiv 2002/73, bestemmer nemlig bl.a., at »[e]n kvinde på barselsorlov [...] efter udløbet af barselsorloven [har] ret til at vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for hende, og til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som hun ville være berettiget til under sit fravær.

Enhver ulige behandling af en kvinde i forbindelse med svangerskab eller barselsorlov som omhandlet i direktiv 92/85/EØF udgør forskelsbehandling som defineret i nærværende direktiv.«

8 — I den forbindelse henvises til beskyttelsesformålet med barselsorloven i henhold til direktiv 92/85: »[Barselsorlovens formål] er for det første at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, og for det andet at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen« — jf. dom af 18.3.2004, Merino Gómez (sag C-342/01, Sml. I, s. 2605, præmis 32), med yderligere henvisning til dom af 12.7.1984, Hofmann (sag 184/83, Sml. s. 3047 præmis 25), af 30.4.1998, Thibault (sag C-136/95, Sml. I, s. 2011, præmis 25), og af 27.10.1998, Boyle m.fl. (sag C-411/96, Sml. I, s. 6401, præmis 41).

9 — Der er tale om kravet om retten til fortsat udbetaling af arbejdsløn og/eller kravet på en passende social ydelse, samt opretholdelsen af de andre rettigheder, der er i forbindelse med arbejdskontrakten. Der henvises endvidere til beskyttelsen mod afskedigelse.

10 — Direktiv af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 269, s. 15). Da fristen for gennemførelse af dette direktiv først udløb den 1. oktober 2005, er direktivet *ikke* umiddelbart anvendeligt på hovedsagen.

27. Men også uden denne klarlægning på grundlag af direktiv 2002/73 synes en ung mors tilbagevenden til hendes arbejde efter barselsorloven at stå i umiddelbar regelsammenhæng med kravet på barselsorlov. Uden kravet på at kunne vende tilbage til sit arbejde uden at blive forskelsbehandlet ville kravet på barselsorloven være illusorisk, da muligheden for en »udeperiode« ville være behæftet med risikoen for en forværring af arbejdsbetingelserne, hvilket med stor sandsynlighed kunne afholde kvinder fra at gå på barselsorlov.

28. Oprettelsen af et nyt arbejdsforhold, henholdsvis, som i hovedsagen, et tjenestemandsforhold i nær tidsmæssig sammenhæng med barselsorloven, adskiller sig imidlertid tydeligt fra en tilbagevenden til det tidligere — eller til et tilsvarende — arbejde efter barselsorlovens ophør: Tjenestemandsansættelsen skaber et nyt arbejdsforhold. Både sagsøgte i hovedsagen og den spanske regering henviser til grundlæggende forskelle mellem en overenskomstansats retsstilling og retsstillingen for en tjenestemand, som efter deres mening findes i national ret, således at det nye ansættelsesforhold efter deres opfattelse ikke kan anses for at være en fortsættelse af det gamle [11]. Selv om fortolkningen af fællesskabsretten ikke kan orientere sig efter national ret, tydeliggør disse forklaringer i hvert fald det »brud«, der må antages at være mellem den tidligere og den nye beskæftigelse, især da tjenestemandsansættelsen først kan ske efter gennemførelsen af en udvælgelsesprøve — og efter udnævnelse — og aldrig på grundlag af en forfremmelse fra det tidligere ansættelsesforhold.

29. Det forhold, at tjenestemandsforholdet i den foreliggende sag er blevet etableret ved det samme tjenestested, hvor sagsøgeren tidligere var ansat som overenskomstansat, kan ikke have betydning: Spørgsmålet om en eventuel forskelsbehandling på grundlag af kravene om en faktisk påbegyndelse af stillingen ville være opstået på samme måde, hvis sagsøgeren i hovedsagen havde skiftet tjenestested, hvilket igen tydeliggør, at det i den foreliggende sag ikke drejer sig om en tilbagevenden til den tidligere arbejdsplads, men om adgangen til et nyt arbejde.

30. Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at nægtelsen af at etablere et arbejdsforhold med en gravid kvinde ikke falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 92/85. I dommen i sagen Jiménez Melgar af 4. oktober 2001 [12] fastslog Domstolen navnlig, at undladelse af at forny en tidsbestemt ansættelsesaftale ikke falder ind under anvendelsesområdet for beskyttelsen mod at blive afskediget i henhold til artikel 10 i direktiv 92/85. Samtidig fastslog Domstolen dog, at »såfremt undladelsen af at forny [...] [aftalen] er begrundet i, at arbejdstageren er

11 — Dette berører imidlertid ikke den eventuelle hensyntagen til tidligere beskæftigelser med henblik på indplacering eller beregning af anciennitet.

12 — Sag C-438/99, Sml. I, s. 6915.

gravid, udgør den [...] en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207/[EØF]«. I dommen i sagen Mahlburg af 3. februar 2000 [13] var Domstolen allerede kommet til den konklusion, at »artikel 2, stk. 1 og 3, i direktiv 76/207 [...] er til hinder for, at en gravid kvinde nægtes ansættelse i en stilling uden tidsbegrænsning med den begrundelse, at et lovbestemt forbud mod at beskæftige gravide kvinder er til hinder for, at hun beklæder denne stilling fra ansættelsesforholdets begyndelse og under hele svangerskabet.« Nægtelsen af at ansætte en kvinde, fordi hun er gravid [14], skal således efterprøves i forhold til ligebehandlingsprincippet i direktiv 76/207.

31. Når direktiv 92/85 ikke finder anvendelse på det forhold, at en kvinde, der enten er gravid eller er på barselsorlov, nægtes ansættelse, gælder dette så meget desto mere for det tilfælde, at der ganske vist sker en ansættelse, men under sådanne betingelser, at det tyder på en forskelsbehandling på grundlag af køn. I den foreliggende sag blev Carmen Sarkatzis Herrero ganske vist ikke nægtet ansættelse, idet navnlig hendes ansøgning om at tiltræde tjenesten senere blev imødekommet [15]. Hun har imidlertid gjort gældende, at hun er blevet forskelsbehandlet, da hendes senere tiltrædelse af stillingen, fordi hun har været på barselsorlov, kan få negativ indvirkning på hendes fremtidige karriere og anciennitetsberegning. På denne form for forskelsbehandling inden for rammerne af et nyt arbejde er direktiv 92/85 altså ikke anvendelig.

32. Det væsentligste retsspørgsmål i den foreliggende sag er således, om artikel 2, stk. 1 og stk. 3, og artikel 3 i direktiv 76/207 er til hinder for, at der med henblik på påbegyndelsen af tjenestemandskarrieren og beregningen af anciennitet tages udgangspunkt i den faktiske påbegyndelse af arbejdet.

33. Ganske vist handler den foreliggende sag om adgangen til beskæftigelse i det offentlige; Domstolen har imidlertid allerede i dom af 21. maj 1985 i sagen Kommissionen mod Tyskland [16] med hensyn til den »generelle rækkevidde« af de i direktiv 76/207 fastlagte principper fastslået, at »direktiv 76/207 — som i øvrigt også direktiv 75/117 — finder anvendelse på offentligretlige tjenesteforhold« [17].

13 — Sag C-207/98, Sml. I, s. 549.

14 — Nægtelsen af at ansætte en kvinde, der er på barselsorlov, synes for så vidt at kunne sammenlignes med at nægte at ansætte en kvinde, fordi hun er gravid, da graviditeten er en forudsætning for barselsorloven.

15 — At der for så vidt i henhold til national ret åbenbart er tale om en skønsmæssig afgørelse, kan i tilfælde af et afslag næppe være forenetigt med forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 76/207 og beskyttelsesformålet i direktiv 92/85. Dette spørgsmål opstår dog ikke i hovedsagen.

16 — Sag 248/83, Sml. s. 1459.

17 — Ibidem, præmis 16.

C — *Det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling*

34. Artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207 forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, mens artikel 3 ff. i direktiv 76/207 fastlægger de områder, hvor der ikke må finde forskelsbehandling sted. I henhold til disse bestemmelser er direkte og indirekte forskelsbehandling forbudt i følgende tilfælde: ved betingelserne (herunder udvælgelseskriterierne og betingelserne for ansættelse) for adgangen til beskæftigelse, ved adgangen til alle former for og niveauer af erhvervsvejledning, uddannelse, videreuddannelse og omskoling samt praktisk erhvervserfaring, ved beskæftigelses- og arbejdsbetingelser og ved medlemskab af og medvirken i en arbejdstagerorganisation eller lignende.

35. Det fremgår af Domstolens praksis, at undladelse af at ansætte en kvinde, fordi hun er gravid, falder ind under forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 3 i direktiv 76/207 [18]. I Mahlburg-sagen [19] havde sagsøgte bl.a. forsøgt at retfærdiggøre afslaget på ansættelse med, at der var et forbud mod beskæftigelse med det formål at beskytte gravide kvinder. Hertil udtalte Domstolen, at »[...] anvendelsen af bestemmelserne om beskyttelse af gravide kvinder ikke må have til følge, at en gravid kvinde stilles ringere med hensyn til adgang til beskæftigelse, og at en arbejdsgiver derfor i henhold til de pågældende afgørelser ikke må nægte at ansætte en gravid ansøger med den begrundelse, at et beskæftigelsesforbud, som er begrundet i graviditeten, forhindrer ham i fra ansættelsesforholdets begyndelse og under hele svangerskabet at ansætte hende i den tidsubegrænsede stilling, der skal besættes«.

36. Den særlige beskyttelse, der tilkommer gravide eller unge mødre — og hvis lovlighed i relation til princippet om forbud mod forskelsbehandling udtrykkeligt anerkendes i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 — må altså ikke komme til deres ugunst, hvilket Domstolen allerede anførte i Thibault-dommen [20], idet den fastslog, at »[k]vinders udnyttelse af deres rettigheder efter artikel 2, stk. 3, må derfor ikke medføre, at de stilles ringere i deres adgang til stillinger eller i deres arbejdsvilkår. Direktivet tilsigter på dette punkt en reel og ikke en formel ligestilling« [21].

37. Til de særlige bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder i henhold til artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 hører bestemmelser

18 — Mahlburg-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 30.
19 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 13.
20 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.
21 — Ibidem, præmis 26.

om barselsorlov[22]. I Sass-dommen[23] vedrørende medregning af barselsorlovsperioder med henblik på oprykning i en højere lønramme henviste Domstolen til sin praksis navnlig i Thibault-sagen og anførte, at »en kvindelig arbejdstager er beskyttet i sit arbejdsforhold mod at blive stillet ringere, såfremt dette er begrundet i den omstændighed, at den pågældende er eller har været på barselsorlov«[24]. Som forklaring tilføjede Domstolen, at »[e]n kvinde, som behandles ringere på grund af et fravær i forbindelse med barselsorlov, [...] således [bliver] forskelsbehandlet som følge af hendes graviditet og denne orlov. En sådan handlemåde udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn i direktiv 76/207's forstand«[25]. Domstolen fastslog til sidst, at afholdelsen af barselsorlov »for det første hverken afbryder den omhandlede kvindes arbejdsforhold eller anvendelsen af de rettigheder, der er knyttet hertil, og for andet ikke medfører, at kvinden stilles ringere«[26].

38. Sass-sagen adskiller sig imidlertid fra den foreliggende sag derved, at barselsorloven i Sass-sagen førte til en forskelsbehandling i et bestående arbejdsforhold, hvilket Det Forenede Kongeriges regering med rette har fremhævet.

39. Hvis direktiv 76/207 imidlertid tilsigter en »reel og ikke en formel ligestilling«, skal dets artikel 2, stk.1 og 3, og artikel 3 fortolkes således, at disse artikler forbyder enhver forskelsbehandling af den pågældende kvinde på grund af eller i sammenhæng med afholdelsen af barselsorlov som lovbestemt beskyttelsesorlov, uden at det i den forbindelse har betydning, om forskelsbehandlingen vedrører det bestående eller et nyt arbejdsforhold. Dette følger også af det princip, der er fastslået i Sass-dommens præmis 48, for så vidt Domstolen på dette sted sondrer mellem på den ene side afbrydelsen af det bestående arbejdsforhold og anvendelsen af de dertil knyttede rettigheder og på den anden side forskelsbehandlingen af kvinder.

40. Nationale bestemmelser skal tilsvarende udformes således, at afholdelsen af barselsorlov ikke får en negativ indvirkning på en kvindes rettigheder i anledning af hendes tjenestemandsansættelse.

41. Den forelæggende ret har beskrevet forskelsbehandlingen, som sagsøgeren i hovedsagen hævder at være blevet udsat for, som følger. Sagsøgeren var på det tidspunkt, hvor hun skulle påbegynde arbejdet[27], på barselsorlov. Da hun fik tilladelse til

22 — Se Thibault-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 24.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

24 — Ibidem, præmis 35.

25 — Ibidem, præmis 36.

26 — Ibidem, præmis 48.

27 — En måned fra den 20.12.2002.

at udsætte tiltrædelsen i stillingen, påbegyndte sagsøgeren i hovedsagen faktisk sit arbejde den 5. april 2003. De nationale bestemmelser knytter imidlertid åbenbart [28] forskellige retsfølger til på den ene side tjenestemandsansættelsens etablering og på den anden side rettighederne [29] herved, der afhænger af den faktiske påbegyndelse af arbejdet. Da afholdelsen af barselsorloven i den foreliggende sag har ført til en senere påbegyndelse af arbejdet, fører den nationale rets tilknytning til denne faktiske påbegyndelse af arbejdet i sidste ende til, at karrieren først begynder at løbe fra dette tidspunkt, og at ancienniteten — med forbehold for tidligere beskæftigelser i den offentlige tjeneste i henhold til det af den spanske regering anførte [30] — ligeledes beregnes fra dette tidspunkt — med tilsvarende følger for tildelingen af anciennitetsafhængige bestanddele af lønnen henholdsvis for mulighederne for at blive forfremmet. Idet der tages udgangspunkt i den forelæggende rets antagelser fører afholdelsen af barselsorloven således helt igennem til en forskelsbehandling af den pågældende kvinde.

42. Det kunne ganske vist hævdes, at sagsøgeren for så vidt ikke udsættes for en forskelsbehandling på grundlag af køn, da hun ikke er blevet behandlet dårligere end en mandlig kollega, der faktisk tiltrådte sit arbejde den samme dag som hun [31]; men herved tages der ikke højde for, at netop tidspunktet for den faktiske påbegyndelse af arbejdet nødvendigvis påvirkes af afholdelsen af barselsorloven, for så vidt den nationale lovgivning ikke anerkender en »fiktiv« påbegyndelse af arbejdet — f.eks. ved en underskrift på en attest — hvilket betyder, at en sammenligning med en mandlig kollegas situation ikke forekommer relevant her.

43. Afslutningsvis bemærkes, at det tilkommer den nationale dommer, der herved skal fortolke national ret i overensstemmelse med fællesskabsretten, at fastsætte den dag, der er bestemmende for påbegyndelsen af tjenestemandskarrieren således, at en kvinde på barselsorlov ikke forskelsbehandles ved adgangen til beskæftigelse i det offentlige i forhold til andre ansøgere, der har bestået en udvælgelsesprøve.

28 — Det skal i den forbindelse bemærkes, at det udelukkende tilkommer den nationale dommer at fortolke den nationale ret (jf. dom af 13.10.1976, sag 32/76, Saieva, Sml. s. 1523, præmis 7). Så vidt den spanske regering anfægter den af den forelæggende ret antagne fortolkning med henblik på betydningen af påbegyndelsen af arbejdet for anciennitetsberegningen — idet den i det væsentlige henviser til, at alle tjenesteperioder i den offentlige tjeneste i henhold til Ley 70/1978 anerkendes uden hensyntagen til beskæftigelsesgrundlaget — synes dette anbringende at være uden betydning, da Domstolen principielt skal gå ud fra oplysningerne i forelæggelseskendelsen.

29 — I henhold til sagens akter er der for det første tale om lønkrav og socialforsikringsretlige krav på ydelser og for det andet beregningen af ancienniteten, der i sidste ende får betydning for lønnen på grund af anciennitetsniveauer. Hvad angår begrebet »trienios«, jf. også den verserende sag C-205/04 (Kommissionen mod Spanien).

30 — Det fremgår i hvert fald ikke af den spanske regerings skriftlige indlæg, i hvilket omfang beregningen af ancienniteten i henhold til national ret tager hensyn til barselsorloven (f.eks. ved at denne sidestilles med tjenestetid).

31 — Jf. Sass-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 58: Domstolen sammenligner situationen for en kvinde, der har taget den omhandlede orlov, med situationen for en mandlig kollega, der har påbegyndt sit arbejde på samme dag som hun.

V — Forslag til afgørelse

44. På grundlag af ovenstående overvejelser foreslår jeg, at den forelæggende rets spørgsmål besvares som følger:

»Artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 3 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 skal fortolkes således, at en kvindelig midlertidigt ansat, der på det tidspunkt, hvor hun opnår fastansættelse, er på barselsorlov, har krav på at indtræde i tjenestemandskarrieren med alle de dermed indirekte og direkte forbundne rettigheder, og under de samme betingelser som de andre ansøgere, der har fået en stilling samtidig med hende, uden at der må gøres forskel på grund af det tidspunkt, hvor arbejdet på grund af barselsorloven faktisk påbegyndes.

Det tilkommer den nationale dommer, der herved skal fortolke national ret i overensstemmelse med fællesskabsretten, at fastsætte den dag, der er bestemmende for påbegyndelsen af tjenestemandskarrieren således, at en kvinde på barselsorlov ikke forskelsbehandles ved adgangen til beskæftigelse i det offentlige i forhold til andre ansøgere, der har bestået en udvælgelsesprøve.«