SARKATZIS HERRERO

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 10 november 2005[1] [1]

I — Inledning

1. Förevarande mål rör i huvudsak huruvida en kvinna som är mammaledig missgynnas — enligt gemenskapsrättens mening — av att erhållandet av ställning som tjänsteman, och därmed knutna rättsföljder, enligt nationell rätt är knutet till det verkliga tjänstetillträdet.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Nationell rätt*

2. Den nationella domstolen har beskrivit de nationella bestämmelserna enligt följande: Enligt den spanska lagstiftningen om offentlig anställning måste tjänstemannen tillträda tjänsten för att hans rättigheter skall börja gälla. Estatuto de personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias (tjänsteföreskrifterna för personal inom hälso- och sjukvården som inte utgör sjukvårdspersonal), som antogs genom förordning av den 5 juli 1971, innehåller inga undantag på denna punkt.

3. Avsnitt 9 i Instituto Nacional de la Saluds (nedan kallat Insalud) beslut av den 3 december 1997 avser allmän kallelse och de gemensamma grunderna för uttagningsprov för tillsättning av lediga tjänster inom olika kategorier vid de hälso- och sjukvårdsinrättningar som sorterar under Insalud. I det stycke som avser utnämning och tjänstetillträde anges i punkt 2 att de sökande som utnämns har en månad på sig, räknat från dagen efter den dag när beslutet kungörs, att tillträda tjänsten. I punkt 3 anges att en sökande som inte tillträder tjänsten inom angiven tid förlorar alla rättigheter som följer av sökandens deltagande i uttagningsprovet. Detta gäller emellertid inte om den enhet som har utlyst provet finner att det föreligger giltiga skäl för underlåtenheten att tillträda tjänsten.

1 — Originalspråk: tyska.

4. Enligt den nationella domstolen utgör reglerna om uttagningsprov en tillämpning av vad som föreskrivs i kungligt dekret 118/1991 av den 25 januari 1991, där det i artikel 12.5 föreskrivs att de som inom en fastställd tidsfrist, utom i fall av force majeure, inte har inkommit med sina handlingar inte kan utnämnas till tjänstemän.

B — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

5. Rådets direktiv 76/207/EEG [2] (nedan kallat direktiv 76/207) syftar till att undanröja all form av diskriminering på grund av kön i arbetsvillkor eller villkor för tillgång till arbetsuppgifter eller befattningar på alla nivåer i yrkeshierarkin. I direktivet föreskrivs dock att det inte skall påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt inte vid graviditet och moderskap.

6. Vidare innehåller rådets direktiv 92/85/EEG [3] (nedan kallat direktiv 92/85) vissa minimikrav i fråga om skydd av sådana arbetstagare.

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

3 — Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (EGT L 348, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

7. Vad beträffar mammaledighet föreskrivs det i artikel 8 i direktiv 92/85 en rätt till mammaledighet under minst fjorton veckor, varav minst två veckor skall vara obligatoriska. Vidare föreskrivs i artikel 11 i direktivet att bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning samt övriga rättigheter enligt anställningsavtal skall säkerställas under sådan ledighet som avses i artikel 8.

III — Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågor

8. Carmen Sarkatzis Herrero (nedan kallad Carmen Sarkatzis Herrero eller sökanden i målet vid den nationella domstolen) ingav den 12 september 2003 till Instituto Madrileño de la Salud (nedan kallat Imsalud) en obligatorisk begäran om omprövning avseende fastställelse och fullgörelse. Hon yrkade därvid att hon i fråga om antalet tjänsteår med full verkan skulle tillgodoräknas dagen för förordnandet till en tjänst vid Imsalud, och inte dagen för hennes tillträde till denna tjänst.

9. Carmen Sarkatzis Herrero var tillfälligt anställd vid det offentliga organ som nu är svarande, först vid Insalud och senare vid Imsalud, till följd av en överföring av befogenheter och tjänster inom hälso- och sjukvården samt av därtill knuten personal, som genomfördes av Administración Central

del Estado till Comunidad Autónoma de Madrid och som trädde i kraft den 1 januari 2002.

10. Genom beslut av den 3 december 1997, då Carmen Sarkatzis Herrero fortfarande arbetade för Insalud, utlyste detta organ uttagningsprov för rekrytering av personal för fast anställning.

11. Carmen Sarkatzis Herrero deltog i uttagningsprovet och erhöll en tjänst som handläggare enligt beslut av den 20 december 2002. Enligt samma beslut placerades hon inom ett visst område och det angavs att hon måste tillträda tjänsten inom en månad.

12. Den 27 november 2002 vände sig sökanden i målet vid den nationella domstolen, som vid denna tidpunkt snart skulle föda barn, till det offentliga organ (som då redan hade bytt beteckning till Imsalud) där hon var tillfälligt anställd och begärde att få upplysningar om sin situation i administrativt hänseende i fråga om tjänstetillträde och det faktum att hon kunde förutses vara mammaledig vid tidpunkten för tillträdet. Från Imsalud fick hon den 9 december 2002 veta att om hon skulle vara mammaledig när tillsättandet av tjänsten offentliggjordes, var hon skyldig att upplysa om sin situation, så att hon fick tillträda tjänsten vid ett senare tillfälle och inte under sin mammaledighet. Enligt nämnda meddelande till sökanden i målet vid den nationella domstolen skulle hon tilldelas tjänsten när hennes mammaledighet upphörde och för detta ändamål hänvisades till ett särskilt beslut fattat av Insalud den 3 december 1997, som synes innehålla en fastställelse av kriterier som skall följas i denna typ av ärenden

13. Carmen Sarkatzis Herrero begärde den 20 december 2002 uppskov med tjänstetillträdet i enlighet med den information som hon erhållit. Hon yrkade samtidigt att hon skulle tillgodoräknas sin mammaledighet vid bedömningen av antalet tjänsteår och som grund härför åberopade hon den spanska lagstiftningen om arbetstagarnas möjligheter att förena familjelivet med arbetslivet. Hon beviljades uppskov genom meddelande av den 8 januari 2003, men hennes andra yrkande lämnades utan avseende.

14. Den hänskjutande domstolen anser att sökanden i målet vid den nationella domstolen har missgynnats i yrkeskarriären och vid beräkningen av tjänsteår genom att ta mammaledigt och har ställt följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

1. Skall gemenskapsbestämmelserna om mammaledighet och likabehandling

mellan kvinnor och män vad gäller tillgång till anställning tolkas så, att en kvinna som är mammaledig och som under denna period erhåller en tjänst i offentlig verksamhet skall tillerkännas samma rättigheter som övriga sökande som har klarat ett uttagningsprov för anställning i offentlig verksamhet?

2. Oberoende av vad som skulle gälla i ett fall där en kvinnlig arbetstagare tillträder en tjänst för första gången och där ett anställningsförhållande föreligger, vilket dock är tillfälligt upphävt till följd av mammaledighet, utgör möjligheten för en kvinnlig arbetstagare att erhålla ställning som fast anställd eller en anställning av fast karaktär en av de rättigheter till befordran i tjänsten som inte får påverkas av att hon är mammaledig?

3. Har en kvinna som är tillfälligt anställd och som under sin föräldraledighet erhåller en fast tjänst faktiskt rätt att med tillämpning av ovannämnda bestämmelser — i synnerhet de som avser likabehandling mellan kvinnor och män vad gäller tillgång till anställning eller i anställningsförhållanden — tillträda sin tjänst och från denna tidpunkt erhålla ställning som tjänsteman med de rättigheter som följer därav, såsom inledande av yrkeskarriären och beräkning av tjänsteår, på samma villkor som övriga sökande som har erhållit en tjänst, oberoende av att utövandet av de rättigheter som är knutna till det faktiska utförandet av arbetet enligt tillämpliga bestämmelser i den interna rättsordningen i förekommande fall kan upphävas tillfälligt fram till dess att arbetet verkligen påbörjas?

IV — Rättslig bedömning

A — *Inledande anmärkningar om tolkningsfrågorna och i vilken ordning de skall prövas*

15. Den första tolkningsfrågan har ställts för att få klarhet i huruvida det av gemenskapsrättens krav på likabehandling och de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om mammaledighet följer att en kvinna som är mammaledig och som i denna situation erhåller en tjänst i offentlig verksamhet skall tillerkännas samma rättigheter som övriga sökande som har klarat ett uttagningsprov för anställning i offentlig verksamhet.

16. Den första tolkningsfrågan rör en mycket allmän frågeställning som direkt

kan besvaras med hjälp av domstolens rättspraxis. I dom av den 18 november 2004 i målet Sass [4] förklarade domstolen att "en kvinnlig arbetstagare i sitt anställningsförhållande är skyddad mot alla former av missgynnande som föranleds av att hon är eller har varit mammaledig" [5], utan att härvid göra åtskillnad beroende på om missgynnandet avser ett bestående anställningsförhållande eller ett anställningsförhållande som inleds först i samband med mammaledigheten.

17. Domstolen erinrade i detta sammanhang om att "[e]n kvinna som missgynnas därför att hon har varit mammaledig diskrimineras på grund av sin graviditet och sin mammaledighet. Ett sådant handlande utgör direkt könsdiskriminering i den mening som avses i direktiv 76/207." [6]

18. Även om sökanden i målet vid den nationella domstolen formellt sett hävdar att hon på grund av mammaledigheten har missgynnats vad gäller tillträdet till sin nya anställning — och inte vad gäller det bestående anställningsförhållandet, på grundval av vilket mammaledigheten har beviljats, såsom var fallet i målet Sass — kan det konstateras att hon i alla fall vad gäller tillträdet till den nya anställningen som tjänsteman, i enlighet med vad hon har hävdat, har missgynnats "därför att hon har varit borta på grund av mammaledighet". Vid första påseende framstår det således i princip som att lösningen från domen i målet Sass kan tillämpas på det förevarande fallet.

19. Den nationella domstolen har emellertid konkretiserat den första tolkningsfrågan i den tredje tolkningsfrågan vad avser de konkreta rättigheter som sökanden i målet vid den nationella domstolen eventuellt har. Den tredje frågan har nämligen ställts för att få klarhet i huruvida gemenskapsrätten utgör hinder mot att det enligt nationell rätt krävs att den berörde verkligen har trätt i tjänst för att denne skall anses ha erhållit ställning som tjänsteman, eftersom detta leder till att kvinnor som inte kan tillträda sin tjänst på grund av mammaledighet missgynnas på ett sätt som närmare beskrivs i begäran om förhandsavgörande. För att kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar, måste jag kommentera diskrimineringsförbudet med avseende på den av den nationella domstolen beskrivna — konkreta — nackdelen, varför jag kommer att behandla den första och den tredje tolkningsfrågan gemensamt.

20. Först måste det emellertid klargöras mot bakgrund av vilka gemenskapsrättsliga bestämmelser som frågeställningen skall behandlas. Den första tolkningsfrågan avser

4 — Dom av den 18 november 2004 i mål C-284/02, Sass (REG 2004, s. I-11143).

5 — Ibidem, punkt. 35.

6 — Ibidem, punkt. 36.

bara "gemenskapsbestämmelserna om mammaledighet och likabehandling mellan kvinnor och män vad gäller tillgång till anställning", medan det i den tredje tolkningsfrågan särskilt hänvisas till de sistnämnda bestämmelserna. Den andra tolkningsfrågan rör relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser i den del den nationella domstolen genom denna fråga i huvudsak vill få veta om det i den situation som sökanden i målet vid den nationella domstolen befinner sig skall anses vara fråga om ett tillträde till en ny anställning eller snarare om en befordran inom ramen för ett bestående anställningsförhållande.

21. Det skall härvid anmärkas att den andra tolkningsfrågan har formulerats som en hypotetisk fråga genom att den nationella domstolen har ställt frågan "oberoende av vad som skulle gälla i ett fall". Frågan uppvisar inte desto mindre ett nära samband med det konkreta fallet, eftersom den — såsom redan har antytts — när allt kommer omkring syftar till att få reda på om Carmen Sarkatzis Herreros utnämning till tjänsteman vid samma arbetsplats där hon redan före sin mammaledighet varit kontraktsanställd skall anses som en fortsatt yrkesverksamhet inom ramen för ett bestående anställningsförhållande eller snarare — just på grund av den grundläggande förändringen av hennes rättsliga ställning — som tillträde till en ny yrkesverksamhet.

22. Eftersom den andra tolkningsfrågan följaktligen utgör en förutsättning för att besvara den första och den tredje tolkningsfrågan, är det lämpligast att klargöra den rättsliga ramen och redan i detta sammanhang besvara den andra tolkningsfrågan.

B — *De relevanta bestämmelserna*

23. Den nationella domstolen hänvisar i begäran om förhandsavgörande på flera ställen till rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS [7] (nedan kallat direktiv 96/34. Den nationella domstolen har särskilt hänvisat till den grundläggande rättigheten enligt detta direktiv att återgå till samma eller likvärdigt arbete när föräldraledigheten upphör. Den nationella domstolen har även citerat 2 § sjätte punkten i avdelning II i ramavtalet i bilagan till direktiv 96/34, enligt vilken "de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten börjar skall bevaras oförändrade fram till och med föräldraledighetens slut. Vid föräldraledighetens slut skall dessa rättigheter inklusive de ändringar som härrör från nationell lagstiftning, nationella kollektivavtal eller nationell praxis vara gällande."

7 — EGT L 145, s. 4.

24. När sökanden i målet vid den nationella domstolen skulle tillträda sin tjänst var hon emellertid mammaledig och inte föräldraledig, varför direktiv 96/34 — såsom även svaranden i målet vid den nationella domstolen, den spanska regeringen och kommissionen anser — inte kan anses vara relevant för tvistens lösning.

25. I den del som den nationella domstolen hänvisar till "gemenskapsbestämmelserna om mammaledighet" önskar denna uppenbarligen att få en tolkning av direktiv 92/85. Huruvida detta direktiv är tillämpligt i förevarande fall beror däremot på om sökanden i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att hon har missgynnats vad gäller rättigheter som ingår i det skydd [8] som ges genom direktiv 92/85.

26. I detta sammanhang är det av betydelse att sökanden i målet vid den nationella domstolen fick rätt att vara mammaledig medan hon var kontraktsanställd. Hon har emellertid inte gjort gällande att hennes rättigheter enligt direktiv 92/85 [9] har åsidosatts inom ramen för ett bestående anställningsförhållande. I direktiv 92/85 regleras inte uttryckligen vad som gäller när en nybliven mamma återinträder i tjänst inom ramen för ett bestående anställningsförhållande. Först i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG [10], till vilket det materiella innehållet i direktiv 92/85 i allt väsentligt har överförts för att kodifiera det i direktiv 76/207, föreskrivs en rätt för vederbörande att återgå till sitt tidigare arbete eller ett likvärdigt arbete, varvid villkoren härför inte får leda till att den berördes ställning försämras. Enligt artikel 2 i direktiv 76/207, i dess lydelse enligt direktiv 2002/73, skall nämligen "[e]n kvinna som är mammaledig ... vid mammaledighetens slut ha rätt att återgå till sitt arbete eller ett likvärdigt arbete, på villkor som inte är mindre gynnsamma för henne och komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som hon skulle ha haft rätt till under sin bortovaro.

Mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller mammaledighet i den mening som avses i direktiv 92/85/EEG skall anses utgöra diskriminering enligt detta direktiv."

8 — Härvid erinras om det skyddssyfte som mammaledighet enligt direktiv 92/85 har: "[Mammaledigheten] syftar till att skydda dels kvinnans biologiska tillstånd under och efter graviditeten, dels den särskilda relationen mellan kvinnan och hennes barn under den period som följer efter graviditeten och förlossningen" (se dom av den 18 mars 2004 i mål C-342/01, Merino Gómez, REG 2004, s. I-2605, punkt 32, med hänvisning till dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann, REG 1984, s. 3047, punkt 25, och av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault, REG 1998, s. I-2011, punkt 25, och av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401, punkt 41).

9 — Det rör sig om rätt att fortsätta att få lön och/eller skäliga sociala förmåner samt andra rättigheter som är knutna till anställningsavtalet. Därtill kommer skydd mot uppsägning.

10 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 269, s. 15). Eftersom införlivandefristen för detta direktiv gick ut först den 1 oktober 2005, är det *inte* direkt tillämpligt i målet vid den nationella domstolen.

27. Men även utan detta klarläggande i direktiv 2002/73 finns det ett direkt normativt samband mellan den nyblivna mammans rätt att efter mammaledigheten återfå sitt arbete och rätten till mammaledighet. Utan rätten att återfå sitt arbete utan nackdelar skulle rätten till mammaledighet vara illusorisk, eftersom möjligheten till en "frånvaroperiod" annars skulle vara förbunden med en risk att få försämrade arbetsvillkor, vilket med största sannolikhet skulle avskräcka kvinnor från att ta mammaledigt.

28. Det finns emellertid en klar skillnad mellan att påbörja ett nytt anställningsförhållande eller, som i målet vid den nationella domstolen, en anställning som tjänsteman i nära anslutning till en mammaledighet och att återgå till sitt tidigare — eller ett likvärdigt — arbete efter mammaledighetens slut. När någon utnämns till fast anställd tjänsteman uppkommer en ny form av anställningsförhållande. Såväl sökanden i målet vid den nationella domstolen som den spanska regeringen har anfört att en kontraktsanställd persons rättsliga ställning enligt spansk rätt skiljer sig väsenligt från en fast anställd tjänstemans rättsliga ställning, vilket enligt deras mening medför att det nya anställningsförhållandet inte kan ses som en fortsättning av det tidigare anställningsförhållandet. [11] Även om tolkningen av gemenskapsrätten inte kan rätta sig efter vad som föreskrivs i nationell rätt, förtydligar dessa uppgifter i varje fall "brytningen" mellan den tidigare och den nya anställningen, särskilt som man endast kan bli tjänsteman om man har klarat ett uttagningsprov — och därefter har utnämnts till tjänsteman — och aldrig genom befordran från en tidigare anställning.

29. Det saknar betydelse att sökanden i förevarande fall har erhållit ställning som tjänsteman vid samma arbetsplats där hon tidigare varit kontraktsanställd. Frågan om ett eventuellt missgynnande på grund av kravet att verkligen ha tillträtt tjänsten skulle även ha uppkommit om sökanden i målet vid den nationella domstolen hade bytt arbetsplats, vilket återigen gör det tydligt att det i förevarande fall inte handlar om att återgå till det tidigare arbetet utan om att tillträda en ny anställning.

30. Av domstolens rättspraxis framgår vidare att en vägran att ingå ett anställningsavtal med en gravid kvinna inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/85. I dom av den 4 oktober 2001 i målet Jiménez Melgar [12] har domstolen särskilt fastställt att en utebliven förlängning av ett tidsbegränsat anställningsavtal inte omfattas av tillämpningsområdet för skyddet mot uppsägning enligt artikel 10 i direktiv 92/85. Likväl har domstolen gjort tydligt att "[s]åvida under-

11 — Detta berör emellertid inte eventuellt beaktande av tidigare anställningar för klassificering eller beräkning av tjänsteår.

12 — Dom av den 4 oktober 2001 i mål C-438/99, Jiménez Melgar (REG 2001, s. I-6915).

låtenhet att förnya ett avtal ... beror på arbetstagarens graviditet utgör den ... sådan direkt diskriminering på grund av kön som strider mot artiklarna 2.1 och 3.1 i direktiv 76/207/EEG". I dom av den 3 februari 2000 i målet Mahlburg [13] kom domstolen till slutsatsen att "artikel 2.1 och 2.3 i direktiv [76/207/EEG] utgör hinder för att neka en gravid kvinna tillsvidareanställning på grund av att ett lagstadgat förbud mot att arbeta i sådant tillstånd hindrar kvinnan i fråga från att under graviditeten tillträda tjänsten". Vägran att anställa en kvinna på grund av att hon är gravid [14] skall således prövas mot bakgrund av likabehandlingsprincipen i direktiv 76/207.

31. Eftersom direktiv 92/85 inte är tillämpligt på en vägran att anställa en kvinna som är gravid eller mammaledig, borde detsamma i än högre grad gälla för det fall då en anställning visserligen äger rum, men på könsdiskriminerande villkor. I förevarande fall förvägrades emellertid Carmen Sarkatzis Herrero inte anställning, särskilt som hennes ansökan om att få tillträda tjänsten senare bifölls [15]. Hon gör dock gällande att hon har missgynnats, eftersom det uppskjutna tjänstetillträdet till följd av mammaledigheten kan medföra nackdelar vad gäller hennes framtida yrkeskarriär och beräkningen av hennes tjänsteår. Direktiv 92/85 är inte heller tillämpligt på denna typ av missgynnande inom ramen för en ny anställning.

32. Den viktigaste rättsfrågan i förevarande fall är följaktligen huruvida det enligt artiklarna 2.1, 2.3 och 3 i direktiv 76/207 är förbjudet att utgå från det verkliga tjänstetillträdet för att fastställa tidpunkten för yrkeskarriärens början och för att beräkna tjänsteår.

33. I förevarande fall rör det sig visserligen om tillträde till en offentlig anställning; domstolen har emellertid redan i dom av den 21 maj 1985 i målet kommissionen mot Tyskland [16] med avseende på den "generella betydelse" som de i direktiv 76/207 stadfästa principerna har, fastställt att direktiv 76/207 — i likhet med direktiv 75/117 — är tillämpligt på anställningar inom den offentliga sektorn". [17]

13 — Dom av den 3 februari 2000 i mål C-207/98, Mahlburg (REG 2000, s. I-549).

14 — Vägran att anställa en kvinna som är mammaledig förefaller jämförbar med en vägran att anställa en gravid kvinna, eftersom graviditet är en förutsättning för att kunna bli mammaledig.

15 — Det förhållandet att det enligt nationell rätt uppenbarligen rör sig om ett beslut efter eget skön torde i fall av avslag knappast vara förenligt med diskrimineringsförbudet i direktiv 76/207 och skyddssyftet i direktiv 92/85. Denna fråga är emellertid inte aktuell i målet vid den nationella domstolen.

16 — Dom av den 21 maj 1985 i mål 248/83, kommissionen mot Tyskland (REG 1985, s. 1459).

17 — Ibidem, punkt 16.

C — Förbudet mot missgynnande i gemenskapsrätten

34. I artikel 2.1 i direktiv 76/207 förbjuds varje diskriminering på grund av kön och i artikel 3 och följande artiklar i direktivet definieras vilka områden som omfattas av detta förbud. Härav följer att direkt och indirekt diskriminering är förbjuden i följande fall, nämligen vad gäller villkor (inklusive urvalskriterier och anställningsvillkor) för tillgång till anställning, tillgång till alla typer och alla nivåer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning samt praktik, anställnings- och arbetsvillkor samt medlemskap och medverkan i arbetstagarorganisationer eller liknande.

35. Enligt domstolens rättspraxis omfattas en vägran att anställa en kvinna på grund av att hon är gravid av diskrimineringsförbudet i artiklarna 2.1, 2.3 och 3 i direktiv 76/207. [18] I målet Mahlburg [19] försökte svaranden rättfärdiga en anställningsvägran bland annat genom att hävda att det rådde ett anställningsförbud som syftade till att skydda gravida. Domstolen förklarade vidare att "tillämpningen av bestämmelser om skydd för gravida kvinnor inte får leda till ofördelaktig behandling av gravida kvinnor i fråga om tillgång till anställning och att den inte tillåter en arbetsgivare att vägra att anställa en gravid sökande med anledning av att ett arbetsförbud som motiveras av graviditeten förhindrar denne från att från anställningens början och under graviditeten låta den berörda arbeta på den tjänst som tillsvidareanställningen avser och som skall tillsättas".

36. Det särskilda skyddet för gravida eller nyblivna mödrar — vars legitimitet vad gäller icke-diskrimineringsprincipen uttryckligen erkänns i artikel 2.3 i direktiv 76/207 — får alltså inte leda till att dessa personer missgynnas, vilket framgår redan av domstolens dom i målet Thibault. [20] Här fastställde domstolen att "utövandet av de rättigheter som kvinnor ges enligt artikel 2.3 inte får medföra att de ges en ofördelaktig behandling i fråga om tillgång till anställning eller i fråga om arbetsvillkor och att direktivet utifrån denna synvinkel har till syfte att leda till en faktisk, och inte formell, jämlikhet." [21]

37. Bland de särskilda reglerna om skydd för kvinnor enligt artikel 2.3 i direktiv 76/207 ingår bestämmelserna om mammaledig-

18 — Domen i målet Mahlburg (ovan fotnot 13), punkt 30.
19 — Ovan fotnot 13.
20 — Ovan fotnot 8.
21 — Ibidem, punkt 26.

het.[22] I domen i målet Sass,[23] som rörde tillgodoräknande av perioder av mammaledighet för placering i en högre löneklass, hänvisade domstolen särskilt till domen i målet Thibault och förklarade att "en kvinnlig arbetstagare i sitt anställningsförhållande är skyddad mot alla former av missgynnande som föranleds av att hon är eller har varit mammaledig".[24] Som förklaring tillade domstolen att "[e]n kvinna som missgynnas därför att hon har varit mammaledig diskrimineras på grund av sin graviditet och sin mammaledighet. Ett sådant handlande utgör direkt könsdiskriminering i den mening som avses i direktiv 76/207."[25] Domstolen fastställde slutligen att uttag av mammaledighet "[för det första varken] avbryter anställningsförhållandet för kvinnan i fråga eller tillämpningen av de rättigheter som följer därav [och för det andra] inte medför att hon missgynnas".[26]

38. Målet Sass skiljer sig emellertid från förevarande mål i det att mammaledigheten där ledde till ett missgynnande i ett bestående anställningsförhållande, vilket Förenade kungarikets regering riktigt har påpekat.

39. Direktiv 76/207 syftar dock till "faktisk, och inte formell, jämlikhet", varför artiklarna 2.1, 2.3 och 3 i detta direktiv skall tolkas på så sätt att dessa artiklar förbjuder varje missgynnande av den berörda kvinnan på grund av eller i samband med mammaledighet, som är en lagligt skyddad ledighet, utan hänsyn till om det är fråga om ett missgynnande i ett bestående eller ett nytt anställningsförhållande. Detta framgår också av den princip som domstolen har formulerat i punkt 48 i domen i målet Sass, eftersom domstolen där skiljer mellan dels avbrytande av ett bestående anställningsförhållande och tillämpning av därtill knutna rättigheter, dels missgynnande av kvinnan.

40. Härav följer att bestämmelser i nationell rätt skall utformas på ett sådant sätt att uttag av mammaledighet inte inverkar negativt på en kvinnas rättigheter vad gäller erhållande av ställning som tjänsteman.

41. Den nationella domstolen beskriver det missgynnande som sökanden i målet vid den nationella domstolen har utsatts för enligt följande: Sökanden var vid den tidpunkt då det var tänkt att hon skulle tillträda sin tjänst mammaledig.[27] Eftersom sökanden i målet

22 — Se redan domen i målet Thibault (ovan fotnot 8), punkt 24.

23 — Ovan fotnot 4.

24 — Ibidem, punkt 35.

25 — Ibidem, punkt 36.

26 — Ibidem, punkt 48.

27 — En månad från och med den 20 december 2002.

vid den nationella domstolen beviljades uppskov med tjänstetillträdet tillträdde hon i verkligheten sin tjänst först den 5 april 2003. Enligt den nationella rätten är emellertid uppenbarligen [28] olika rättsverkningar avseende tjänstemannens anställningsvillkor och rättigheter [29] knutna till det verkliga tjänstetillträdet. Eftersom mammaledigheten i förevarande fall har lett till ett försenat tjänstetillträde medför den anknytning som görs i nationell rätt till det verkliga tjänstetillträdet att yrkeskarriären börjar först vid denna tidpunkt och att tjänsteåren — med undantag för tillgodoräknande av tidigare offentlig anställning, enligt vad den spanska regeringen har uppgivit [30] — också beräknas utifrån denna tidpunkt, med motsvarande följder för den del av lönen som påverkas av tjänsteår eller för möjligheten att bli befordrad. Med utgångspunkt från den nationella domstolens uppgifter leder mammaledigheten alltså med största sannolikhet till att den berörda kvinnan missgynnas.

42. Det går visserligen att hävda att sökanden inte har råkat ut för könsdiskriminering, eftersom hon inte behandlas sämre än en manlig kollega som verkligen har tillträtt sin tjänst samma dag som hon. [31] Då bortser man emellertid från att tidpunkten för det verkliga tjänstetillträdet med nödvändighet påverkas av mammaledigheten, eftersom den nationella lagstiftningen inte medger ett "fiktivt" tjänstetillträde, exempelvis genom att underteckna en handling, varför en jämförelse med situationen för en manlig kollega inte är relevant i förevarande fall.

43. Slutligen skall det anmärkas att det ankommer på den nationella domstolen att genom gemenskapsrättskonform tolkning av nationell rätt bestämma den avgörande dagen för erhållande av ställning som tjänsteman på ett sådant sätt att en mammaledig kvinna inte missgynnas vad gäller tillgång till offentlig anställning i förhållande till andra godkända sökande i ett uttagningsprov

28 — Det skall i detta sammanhang påpekas att tolkningen av nationell rätt uteslutande är den nationella domstolens uppgift (se redan dom av den 13 oktober 1976 i mål 32/76, Saieva, REG 1976, s. 1523, punkt 7). I den del den spanska regeringen bestrider den nationella domstolens tolkning av nationell rätt vad avser tjänstetillträdets betydelse för beräkningen av tjänsteår — genom att i huvudsak hävda att enligt Ley 70/1978 skall alla perioder av offentlig anställning, oavsett anställningsform, beaktas — förefaller denna uppgift sakna betydelse, eftersom domstolen i princip har att utgå ifrån uppgifterna i begäran om förhandsavgörande.

29 — Enligt handlingarna i målet rör det sig om dels löneanspråk och anspråk på sociala förmåner, dels beräkning av tjänsteår, som också påverkar lönen genom systemet med löneklasser grundade på tjänsteår. Vad rör begreppet trienios, se även dom i mål C-205/04, kommissionen mot Spanien.

30 — I den spanska regeringens skriftliga yttrande klargörs inte i vilken mån mammaledighet enligt nationell rätt skall beaktas vid beräkningen av tjänsteår (exempelvis genom att denna räknas som tjänstetid).

31 — Se domen i målet Sass (ovan fotnot 4), punkt 58: Domstolen jämför situationen för en kvinna som varit mammaledig med en manlig kollega som började sitt arbete samma dag som hon.

V — Förslag till avgörande

44. Mot denna bakgrund föreslår jag att tolkningsfrågorna besvaras enligt följande:

Artiklarna 2.1, 2.3 och 3 i rådets direktiv 76/207/EEG skall tolkas så, att en tillfälligt anställd kvinna som när hon får en fast anställning är mammaledig har rätt att anses ha erhållit ställning som tjänsteman, med samtliga de direkta och indirekta rättigheter som följer därav, och detta på samma villkor som andra sökande som har fått anställning vid samma tidpunkt, utan att tidpunkten för det verkliga tjänstetillträdet på grund av mammaledigheten får ge upphov till en olik behandling.

Det ankommer på den nationella domstolen att genom gemenskapsrättskonform tolkning av nationell rätt bestämma den avgörande dagen för erhållande av ställning som tjänsteman på ett sådant sätt att en mammaledig kvinna inte missgynnas vad gäller tillgång till offentlig anställning i förhållande till andra godkända sökande i ett uttagningsprov.