

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 8 juni 2004\*

I mål C-220/02,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Oberster Gerichtshof (Österrike), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

**Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten**

och

**Wirtschaftskammer Österreich,**

angående tolkningen av artikel 141 EG och artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78),

\* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W. A. Timmermans, A. Rosas, J.-P. Puissochet (referent) och J.N. Cunha Rodrigues, samt domarna R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr och R. Silva de Lapuerta,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, genom K. Mayr, Referent der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich,
- Wirtschaftskammer Österreich, genom O. Körner, i egenskap av ombud,
- Österrikes regering, genom C. Pesendorfer, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom N. Yerell och H. Kreppel, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 3 februari 2004 av: Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, företrätt av K. Mayr, Wirtschaftskammer Österreich, företrädd av H. Aubauer och H. Kaszanits, Österrikes regering, företrädd av G. Hesse, i egenskap av ombud, och kommissionen, företrädd av H. Kreppel,

och efter att den 12 februari 2004 ha hört generaladvokaten,

följande

### **Dom**

- <sup>1</sup> Oberster Gerichtshof har, genom beslut av den 22 maj 2002 som inkom till domstolen den 14 juni samma år, i enlighet med artikel 234 EG ställt tre frågor angående tolkningen av artikel 141 EG och artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78).

- 2 Frågorna har uppkommit i en tvist mellan Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (nedan kallat Gewerkschaftsbund), ett fackförbund som representerar anställda inom den privata sektorn, och Wirtschaftskammer Österreich, Österrikes handelskammare, avseende ett krav på lika stort avgångsvederlag för kvinnliga och manliga arbetstagare.

### **Tillämpliga bestämmelser**

#### *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

- 3 I artikel 141.1 och 141.2 EG föreskrivs följande:

”1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.

2. I denna artikel skall med 'lön' förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av sin arbetsgivare på grund av anställningen.”

4 I artikel 1 i direktiv 75/117 föreskrivs följande:

”Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget [nu artikel 141 EG], härafter kallad 'likalönsprincipen', innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön.”

*De nationella bestämmelserna*

5 Nedan följer de relevanta nationella bestämmelserna, såsom de framgår av beslutet om hänskjutande.

Tillgodoräknande av perioder av ledighet till följd av graviditet och förlossning vid beräkningen av avgångsvederlag

6 Enligt bestämmelserna i 23 § i Angestelltengesetz (lagen om anställda, BGBl. 1921/292, i dess lydelse enligt BGBl. I, 2002/100) (nedan kallad AngG), som enligt 2§ första stycket i Arbeiter-Abfertigungsgesetz (lagen om avgångsvederlag för

arbetare) även skall tillämpas på arbetare, har arbetstagare rätt till avgångsvederlag på vissa villkor. Avgångsvederlagets storlek beror bland annat på hur länge arbetstagaren har varit anställd.

- 7 Enligt 3 § första stycket i Mutterschutzgesetz 1979 (lagen om skydd för blivande och nyblivna mödrar, BGBl. 1979/221, i dess lydelse enligt BGBl. I, 2002/100) (nedan kallad MSchG), har gravida kvinnor inte rätt att arbeta under de sista åtta veckorna före beräknat förlossningsdatum. Av 3 § tredje stycket MSchG framgår vidare att det utöver denna period om åtta veckor även är förbjudet för gravida kvinnor att arbeta, då det skulle innebära en risk för moderns eller barnets liv eller hälsa om modern skulle fortsätta att arbeta.
- 8 I 5 § första stycket MSchG föreskrivs att kvinnor inte får arbeta under en period om åtta veckor efter förlossningen. Vid för tidig födsel, flerbarnsfödsel eller kejsarsnitt skall denna period uppgå till minst 12 veckor.
- 9 Oberster Gerichtshof fann i mål 9 ObA 199/00f att dessa perioder under vilka det är förbjudet att arbeta skall beaktas då anställningstiden beräknas, i syfte att fastställa avgångsvederlagets storlek. Domstolen grundade sin uppfattning bland annat på att det inte finns någon bestämmelse av motsatt innebörd i lagstiftningen.
- 10 Efter utgången av dessa perioder har den anställda enligt 15 § första stycket MSchG rätt att efter ansökan ta ut ledighet utan lön fram till dess att barnet fyller 2 år, under förutsättning att hon bor tillsammans med barnet. Enligt 15 § andra stycket MSchG skall den föräldraledigheten omfatta minst tre månader. Under denna period av

ledighet kan anställningsavtalet inte upphöra och den anställda får inte sägas upp. Enligt 15 § fjärde stycket gäller samma skydd för den anställda under fyra veckor efter utgången av denna period av ledighet.

- 11 I 15f § första stycket MSchG föreskrivs att "[o]m inte annat har avtalats skall perioden av [föräldra]ledighet inte tillgodoräknas i fråga om sådana rättigheter som tillkommer den anställde, vilka grundar sig på anställningstiden".

Tillgodoräknande av perioder av militärtjänstgöring vid beräkningen av avgångsvederlag

- 12 I 8 § i Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz (lagen om anställningsgaranti, BGBl. 1991/683, i dess lydelse enligt BGBl- I, 1998/30) (nedan kallad APSG), föreskrivs följande: "I fråga om en arbetstagares rättigheter som grundar sig på anställningstiden skall följande perioder tillgodoräknas vid beräkningen av anställningstiden:

1. Militärtjänstgöring i den mening som avses i 27 § första stycket punkterna 1–4 och 6–8 i Wehrgesetz [lagen om militärtjänstgöring, nu 19 § första stycket punkterna 1–4 och 6–8 i Wehrgesetz 2001],
2. militärtjänstgöring på längre tid i den mening som avses i 27 § första stycket punkt 5 i Wehrgesetz [nu 19 § punkt 5 i Wehrgesetz 2001], med upp till 12 månader,
3. militär utbildning för kvinnor, och

4. vapenfri tjänst under vilken anställningsförhållandet består.”

- 13 Enligt 12 § APSG ges för de berörda arbetstagarna ett särskilt skydd under dessa perioder mot upphörande av deras anställningsavtal och mot uppsägning. Detta skydd gäller enligt 13 § första stycket punkt 3 APSG från och med den tidpunkt då arbetstagaren får inkallelsen till militärtjänstgöring, militärtjänstgöring för kvinnor eller vapenfri tjänst och som regel fram till en månad efter tjänstgöringens slut.
- 14 Enligt 20 § första stycket i Wehrgesetz är alla värnpliktiga skyldiga att fullgöra militärtjänstgöring under sex månader. Om det krävs på grund av militära intressen, kan de åläggas att fullgöra militärtjänstgöring under en ytterligare tid motsvarande vad som krävs på grund av de ifrågasvarande militära intressena, dock högst sammanlagt åtta månader.
- 15 Utöver denna period av militärtjänstgöring finns militär utbildning som de värnpliktiga måste delta i för att behålla sin utbildningsnivå och för att utbilda insatsförband i enlighet med 19 § första stycket punkt 2 i Wehrgesetz 2001. Dessa utbildningsperioders längd fastställs på grundval av tvingande militära intressen och får som regel inte överstiga 15 dagar per år.



- 16 Andra perioder kan tillgodoräknas på samma sätt, såsom bland annat kaderutbildning enligt 19 § första stycket punkt 3 i Wehrgesetz 2001. Dessa perioder fullgörs antingen frivilligt eller då det krävs på grund av militära intressen. Syftet med kaderutbildningen är att de värnpliktiga skall utbildas för befälstjänster samt att deras redan erhållna kvalifikationer skall bevaras och fördjupas. Den obligatoriska utbildningstiden är, enligt 21 § punkt 1, 90 dagar för officersutbildningen och, enligt 21 § punkt 2, 60 dagar för övriga tjänster. Det är emellertid möjligt att frivilligt genomgå denna utbildning under upp till dubbelt så lång tid som den sammanlagda utbildningstiden.
- 17 Det framgår vidare av 23 § första stycket i Wehrgesetz 2001 att värnpliktiga som har fullgjort sin militärtjänstgöring om åtta månader i dess helhet kan inkallas till "militärtjänstgöring på längre tid" med sammanlagt högst sex månader, om de har anmält sig frivilligt och det krävs på grund av militära intressen. En förlängning med fyra månader får ske på vissa villkor.
- 18 Enligt 37 § första stycket i Wehrgesetz 2001 kan även kvinnor, frivilligt och om det är motiverat av militära intressen, fullgöra en militär utbildning, ("Ausbildungsdienst"), i den mening som avses i 8 § punkt 3 APStG, under 12 månader. Om det krävs på grund av tvingande militära intressen kan det beslutas om en förlängning med högst sex månader. I 37 § fjärde stycket föreskrivs att 3–9 §§ MSchG om skydd för gravida och ammande kvinnor skall tillämpas på kvinnor som genomgår en militärutbildning.
- 19 Enligt 2 § punkt 1 i 1986 års Zivildienstgesetz (lagen om vapenfri tjänst), skall värnpliktiga som har bedömts lämpliga att göra militärtjänst, men som har förklarat att de inte kan fullgöra militärtjänsten eftersom de på grund av sin övertygelse

vägrar att använda vapen mot människor förutom i självförsvar eller för att hjälpa andra, fullgöra vapenfri tjänst. Denna tjänstgöringsperiod skall tillgodoräknas vid beräkningen av den tidigare anställningstiden på samma sätt som militärtjänstgöringen.

- 20 Det skall dessutom tilläggas att det enligt de nationella bestämmelserna föreskrivs andra ledighetsperioder som får tillgodoräknas vid beräkningen av avgångsvederlaget. Detta gäller bland annat ledighet för utbildning av arbetstagarrepresentanter enligt 119 § första stycket Arbeitsverfassungsgesetz (lagen om arbetsorganisation, nedan kallad ArbVG) för medlemmar i företagsrådet.
- 21 Övriga ledighetsperioder skall däremot inte tillgodoräknas. Detta gäller avseende ledighet för utbildning som har överenskommits mellan arbetsgivaren och den anställda enligt 11 § första stycket i Arbeitsvertragsrechts — Anpassungsgesetz (lagen om anpassning av lagstiftningen avseende anställningsavtal, nedan kallad AVRAG) och då arbetstagaren står till förfogande utan lön enligt överenskommelse mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, under vilken period arbetstagaren erhåller arbetslöshetsersättning eller ersättning från den myndighet som är ansvarig för arbetsmarknaden i enlighet med 12 § AVRAG.

## **Twisten vid den nationella domstolen**

- 22 Gewerkschaftsbund, sökanden vid den nationella domstolen, väckte talan vid Oberster Gerichtshof och yrkade fastställelse av att den första föräldraledigheten för arbetstagare som är bundna av ett anställningsförhållande skall tillgodoräknas som anställningstid vid beräkningen av avgångsvederlaget, och med en period om åtta månader, i likhet med vad som gäller för militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst.

- 23 Enligt Gewerkschaftsbund utgör den omständigheten att perioder av föräldraledighet i enlighet med 15 § första stycket MSchG inte får tillgodoräknas vid beräkningen av det avgångsvederlag som avses i 23 § AngG, till skillnad från perioder som fullgörs inom ramen för militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst, indirekt diskriminering som är förbjuden enligt artikel 141 EG.
- 24 Föräldralediga arbetstagare utgörs nämligen i 98,253 procent av fallen av kvinnor, medan 1,747 procent av samtliga fall utgörs av män. Endast i ett mindre antal kollektivavtal föreskrivs att perioder av föräldraledighet skall tillgodoräknas som anställningstid.
- 25 Däremot tillgodoräknas perioder av militärtjänstgöring som är obligatorisk för män, eller vapenfri tjänst som ersätter denna tjänstgöring, i sin helhet vid beräkningen av de rättigheter som i synnerhet grundas på anställningstiden. Denna tjänstgöring berör dock uteslutande män. År 2000 fullgjorde exempelvis endast ett hundratal kvinnor militärutbildningen för kvinnor.
- 26 Av detta drar fackförbundet slutsatsen att denna skillnad i behandling mellan arbetstagare som tar ut föräldraledighet, till största delen kvinnor, och arbetstagare som fullgör militärtjänst eller vapenfri tjänst, till största delen män, utgör indirekt diskriminering.
- 27 Oberster Gerichtshof har angett att perioder av ledighet utan lön som regel inte får tillgodoräknas enligt lag vid beräkningen av avgångsvederlag när ledigheten tas ut på arbetstagarens initiativ, om det inte finns särskilda skäl till att arbetstagaren tar ut ledigheten som gör det tillåtet för honom att själv säga upp anställningsförhållandet och behålla avgångsvederlaget på villkor som föreskrivs enligt den nationella lagstiftningen.

- 28 Den hänskjutande domstolen har angett att vad beträffar arbetstagarens beslut att fortsätta att själv ta hand om sitt barn efter utgången av den sextonde veckan av mammaledigheten, har domstolen redan i dom av den 14 september 1999 i mål C-249/97, Gruber (REG 1999, s. I-5295), punkt 32 och följande punkter, fastställt att sådana särskilda skäl som anges i 26 § AngG och 82a i Gewerbeordnung 1859 (nedan kallad GewO 1859) som leder till att arbetstagaren säger upp sig i förtid skiljer sig från den situationen då det är nödvändigt för arbetstagaren att själv ta hand om sitt barn. Domstolen har angett att det är fråga om ett skäl som inte hänför sig till arbetsvillkoren i företaget eller till arbetsgivarens uppträdande och att detta skäl inte gör att det är omöjligt att fortsätta arbetet.
- 29 Av detta följer enligt Oberster Gerichtshof att den grupp föräldrar som i sitt eget intresse och frivilligt har tagit ut en ytterligare ledighet för att ta hand om sitt barn skall jämföras med den grupp arbetstagare som beslutar sig för att upphöra att arbeta under en lång period av andra personliga skäl som inte hindrar dem från att arbeta, såsom vård av en sjuk förälder.
- 30 Den hänskjutande domstolen anser att den omständigheten att föräldrar gynnas av lagstiftningen genom att de ges en möjlighet att ta ut föräldraledighet i stället för att tvingas låta sitt anställningsförhållande upphöra och att de dessutom tillerkänns ett särskilt skydd i fråga om uppsägningar, inte kan anses utgöra diskriminering till nackdel för kvinnliga arbetstagare.
- 31 Oberster Gerichtshof konstaterar emellertid att sökanden vid den nationella domstolen frångår detta resonemang när den undersöker den diskriminering som det anser följa av jämförelsen mellan den grupp föräldralediga som inte får tillgodoräkna sig den period under vilken de inte utövar sitt arbete vid beräkningen av avgångsvederlag, och den grupp personer vars militärtjänstgöring eller vapenfria tjänst däremot tillgodoräknas vid nämnda beräkning.

## Tolkningsfrågorna

32 Oberster Gerichtshof anser att det är avgörande för tvisten som den har att avgöra hur de ifrågavarande gemenskapsrättsliga bestämmelserna tolkas och har därför beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Skall begreppet lön i artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 ... tolkas på så sätt att det även omfattar en sådan allmän lagbestämmelse som den i 8 § APSG, i vilken det föreskrivs att tjänstgöringsperioder inom de områden som anges i denna bestämmelse, vilka avser fullgörande av offentliga uppgifter av allmänintresse och under vilka tidsperioder det som regel inte är möjligt att arbeta inom ramen för ett privaträttsligt anställningsavtal, skall tillgodoräknas i fråga om rättigheter på det arbetsrättsliga området som är grundade på det privata anställningsförhållandets längd?
  
- 2) När fråga är om ett lönesystem enligt vilket en arbetstagare när anställningen upphör, förutsatt att arbetstagaren inte själv utan särskilt skäl tagit initiativ till att anställningen skall upphöra eller på något sätt orsakat detta, skall få avgångsvederlag grundat på anställningsförhållandets längd — i huvudsak som belöning för den lojalitet som han/hon tidigare har visat mot företaget och för att överbrygga tiden till dess han/hon får en ny anställning —, varvid de enskilda tidsperioderna under anställningstiden har en helt självständig karaktär och det är tillåtet att inte ta hänsyn till sådana avbrott i arbetet under vilka lön inte erlagts och som arbetstagaren tagit initiativ till av personliga skäl, när dessa skäl inte utgör ett sådant särskilt skäl som skulle berättiga arbetstagaren att säga upp anställningsavtalet med bibehållen rätt till avgångsvederlag, skall då artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 ... tolkas på så sätt att den grupp kvinnliga eller manliga arbetstagare som omfattas av 8 § APSG (grupp A) med avseende på likalönsprincipen kan jämföras med den grupp kvinnliga arbetstagare som, med åberopande av 15 § i Mutterschutzgesetz och efter utgången av den

mammaledighet som normalt omfattar 16 veckor, bestämmer sig för att ta ut oavlönad föräldraledighet för att ta hand om sitt barn, högst fram till dess att barnet fyllt två år (grupp B)?

3) Skall artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117/EEG tolkas på så sätt att skillnaderna mellan de grupper av kvinnliga respektive manliga arbetstagare som beskrivits i fråga 2, som framför allt består i att det i fråga om grupp A, 'personer som fullgör militärtjänstgöring',

— som regel finns en skyldighet att fullgöra tjänsten, men där tjänsten, även vid frivillig anmälan,

— förutsätter att det finns ett allmänintresse, och

— det som regel inte är möjligt att vid sidan om tjänsten i fråga utföra arbete inom ramen för ett privaträttsligt anställningsförhållande,

medan det i fråga om de kvinnliga eller manliga arbetstagarna i grupp B, som är 'föräldralediga',

— står arbetstagaren fritt att själv avgöra huruvida han/hon i ett visst anställningsförhållande vill utnyttja rätten att ta ut föräldraledighet för att ta hand om sitt barn, och

- det är möjligt att han/hon under föräldraledigheten i mån av tid i en viss omfattning kan arbeta inom ramen för ett privaträttsligt anställningsförhållande,

är tillräckliga som sakliga skäl för att dessa perioder skall beaktas olika när det gäller rättigheter som grundas på anställningsförhållandets längd?”

### Den första frågan

- 33 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i om en förmån för personer som fullgör militärtjänstgöring eller sådan obligatorisk vapenfri tjänst som ersätter denna tjänstgöring, vilken frivilligt kan förlängas, som består i att denna tjänstgöringsperiod tillgodoräknas vid beräkningen av ett avgångsvederlag som de senare kan få rätt till, skall anses utgöra lön i den mening som avses i artikel 141 EG.

### *Yttranden som har inkommit till domstolen*

- 34 Gewerkschaftsbund, den österrikiska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission anser att en höjning av avgångsvederlaget, som den som framgår av 8 § APSG, till förmån för personer som fullgör militärtjänstgöring eller motsvarande, skall anses utgöra lön på samma sätt som avgångsvederlaget (se domen i det ovannämnda målet Gruber, punkt 22, och dom av den 27 januari 2000 i mål C-190/98, Graf, REG 2000, s. I-493, punkt 14).

- 35 Wirtschaftskammer Österreich anser däremot att en privat arbetsgivares skyldighet att vid beräkningen av avgångsvederlaget tillgodoräkna perioder då anställningsförhållandet varit vilande inte omfattas av begreppet lön i den mening som avses i artikel 141 EG eller direktiv 75/117.

### *Domstolens bedömning*

- 36 Varken parterna vid den nationella domstolen, den österrikiska regeringen eller kommissionen har bestritt att tvisten vid den nationella domstolen avser den period som en person har varit anställd hos en arbetsgivare och att denna period skall beaktas vid beräkningen av avgångsvederlagets storlek samt att avgångsvederlaget utgör lön (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Gruber, punkt 22).
- 37 Den omständigheten att denna period kan förlängas enligt en lagbestämmelse genom tillgodoräkning av perioder av militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst som fullgörs i det allmännas intresse och utan samband med den anställning för vilken avgångsvederlaget beviljas, påverkar inte avgångsvederlagets karaktär av lön.
- 38 Eftersom regelverket om avgångsvederlag omfattas av tillämpningsområdet för artikel 141 EG kan särskilda situationer avseende olika arbetstagare enligt detta regelverk undersökas på grundval av bestämmelserna i denna artikel.
- 39 Den första frågan skall således besvaras på så sätt att en förmån för personer som fullgör militärtjänstgöring eller sådan obligatorisk vapenfri tjänst som ersätter denna tjänstgöring, vilken frivilligt kan förlängas, som består i att denna tjänstgöringsperiod tillgodoräknas vid beräkningen av ett avgångsvederlag som de senare kan få rätt till, skall anses utgöra lön i den mening som avses i artikel 141 EG.



## Den andra och den tredje frågan

- 40 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra och den tredje frågan för att få klarhet i om det strider mot artikel 141 EG och direktiv 75/117 att perioder av militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst, som till största delen fullgörs av män, men inte föräldraledighet, som till största delen tas ut av kvinnor, tillgodoräknas som anställningstid vid beräkningen av avgångsvederlag.

### *Yttranden som har inkommit till domstolen*

- 41 Gewerkschaftsbund har gjort gällande att enligt Oberster Gerichtshofs fasta rättspraxis skall perioder utan lön som regel tillgodoräknas vid beräkningen av avgångsvederlagets storlek så länge anställningsförhållandet består.
- 42 Sökanden anser att det inte finns några egentliga skillnader mellan den grupp A, som utgörs av arbetstagare som fullgör militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst, och den grupp B, som utgörs av föräldralediga arbetstagare, som beskrivs i den andra och den tredje tolkningsfrågan.
- 43 Det stämmer nämligen inte att föräldraledighet, till skillnad från fullgörande av militärtjänstgöring, som utgör en skyldighet i det allmännas intresse, är frivillig eftersom den föranleds av "en önskan att själv ta hand om sitt barn" och således endast avser den berördas privata intresse.

- 44 Dels kan militärtjänstgöringen förlängas med frivilliga perioder, dels krävs det att kvinnor tar ut föräldraledighet när det endast finns få barnomsorgsplatser, män inte tilltalas av en sådan ledighet och det finns straffrättsliga påföljder för bristande omvårdnad och uppfostran av barn.
- 45 Enligt sökanden vid den nationella domstolen är situationen densamma för de båda grupperna i fråga om deras möjlighet att arbeta under den ifrågavarande perioden.
- 46 Gewerkschaftsbund har av detta dragit slutsatsen att, med avseende på principen om lika lön i den mening som avses i artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117, den grupp av arbetstagare som avses i 8 § APSG kan jämföras med den grupp av kvinnliga arbetstagare som avses i 15 § MSchG, och att det måste konstateras att den andra gruppen diskrimineras utan grund i förhållande till den första gruppen.
- 47 Enligt Wirtschaftskammer Österreich är det inte möjligt att jämföra grupp A, som utgörs av personer som fullgör sin militärtjänstgöring, och grupp B, som utgörs av personer som är föräldralediga, eftersom lagstiftarens syften skiljer sig åt avseende de regler som avser var och en av de båda grupperna, vilket innebär att deras situationer inte kan anses jämförbara.
- 48 Oberster Gerichtshof har i beslutet om hänskjutande angett att det enligt de österrikiska bestämmelserna om rätten till avgångsvederlag är möjligt att inte beakta perioden av föräldraledighet på grund av att denna ledighet tas ut av sådana skäl som ligger i arbetstagarens intresse och på hans eller hennes initiativ.

- 49 Arbetstagarens intresse har däremot inget samband med den obligatoriska tjänstgöring som avses i 8 § APSG. Vad beträffar sådan frivillig tjänstgöring, av vilken dessutom militärutbildningen för kvinnor är en del, är det endast militära krav från staten som gör den tillåten. I detta fall sker avbrottet i anställningsavtalet på grund av allmänna och huvudsakligen militära intressen.
- 50 Under dessa omständigheter är enligt Wirttschaftskammer Österreich skillnaden i behandlingen av grupperna A och B förenlig med artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117.
- 51 Wirttschaftskammer Österreich har tillagt att det huvudsakliga skälet till att man inte kan jämföra grupperna A och B är att de personer som fullgör militärtjänstgöring behandlas olika direkt på grund av sin könstillhörighet. Denna särbehandling består i att dessa personer under militärtjänstgöringen eller den vapenfria tjänsten inte får tillgång till sin anställning och inte heller till yrkesutbildning och befordran, vilket innebär en nackdel för dem i förhållande till kvinnor. Att det är förenligt med gemenskapsrätten att bevilja män förmåner för att kompensera denna bristande jämställdhet har erkänts i dom av den 7 december 2000 i mål C-79/99, Schnorbus (REG 2000, s. I-10997), och av den 11 mars 2003 i mål C-186/01, Dory (REG 2003, s. I-2479).
- 52 Även den österrikiska regeringen anser att kvinnliga arbetstagare som tar ut föräldraledighet i enlighet med MSchG och personer som fullgör militärtjänstgöring inte befinner sig i jämförbara situationer.
- 53 Den österrikiska regeringen anser att det finns sakliga skäl för att inte tillgodoräkna dessa perioder under vilka skyldigheterna enligt anställningsavtalet är vilande på samma sätt vid beräkningen av avgångsvederlag, och att denna skillnad inte har något samband med sådan diskriminering på grund av kön som är förbjuden enligt artikel 141 EG.

- 54 Kommissionen anser att de två regelverken för avgångsvederlag som har undersökts inte behöver jämföras. Den anser att Oberster Gerichtshof endast vill få klarhet i om artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 skall tolkas så att de med avseende på indirekt diskriminering utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som dem som anges i 15f § MSchG.
- 55 Enligt kommissionen förefaller det dessutom som om man kan konstatera att det föreligger direkt diskriminering på grund av kön, eftersom det i målet vid den nationella domstolen är fråga om en ledighet som inte tillgodoräknas, vilken i själva verket endast berör kvinnliga anställda. Detta framgår av den omständigheten att 15f § första stycket MSchG endast avser kvinnor. Kommissionen väljer emellertid att liksom den hänskjutande domstolen undersöka om det föreligger en indirekt diskriminering.
- 56 Vad beträffar denna fråga som ställts av den hänskjutande domstolen har kommissionen gjort gällande att frågan om indirekt diskriminering som en följd av olika bestämmelser om föräldraledighet och militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst i fråga om avgångsvederlag kan lämnas öppen. En jämförelse mellan dessa två regelverk tillför inget nytt med avseende på den diskriminering som redan har fastställts endast på grundval av de restriktiva bestämmelserna i 15f § MSchG, och det framkommer inte heller något sakligt skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön som kan motivera nämnda diskriminering.
- 57 Under alla omständigheter anser kommissionen att det inte finns något sakligt skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön som kan motivera den särbehandling av kvinnor som 15f § MSchG innebär.

*Domstolens bedömning*

- 58 Den direkta diskriminering som kommissionen har gjort gällande skulle uppkomma genom att det beträffande manliga arbetstagare inte finns någon hänvisning till 15f § första stycket MSchG, där det föreskrivs att perioder av föräldraledighet inte skall beaktas. Det har emellertid inte bestritts vare sig av parterna vid den nationella domstolen eller av den österrikiska regeringen eller av kommissionen att den lagstiftning som är i kraft är tillräcklig för att säkerställa likabehandling i fråga om föräldraledighet som tas ut av män och av kvinnor.
- 59 Vad beträffar den fråga som har ställts av den hänskjutande domstolen, som avser särbehandling med avseende på avgångsvederlag mellan de arbetstagare som tar ut föräldraledighet och dem som fullgör militärutbildning eller vapenfri tjänst, erinrar domstolen om att likalönsprincipen i artikel 141 EG och direktiv 75/117 liksom principen om icke-diskriminering, som den förstnämnda principen är ett särskilt uttryck för, förutsätter att de manliga arbetstagare och de kvinnliga arbetstagare som erhåller lönen befinner sig i jämförbara situationer (se dom av den 16 september 1999 i mål C-218/98, Abdoulaye m.fl., REG 1999, s. I-5723, punkt 16, och av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar, REG 2001, s. I-9383, punkt 39).
- 60 I förevarande mål är föräldraledigheten emellertid en ledighet som en arbetstagare frivilligt tar ut för att ta hand om sitt barn. Denna frivilliga karaktär försvinner inte på grund av att det är svårt att hitta barnomsorg för ett mycket litet barn, även om denna situation är beklaglig. Denna ledighet har inte samma syfte som mammaledigheten. Det är andra lagbestämmelser som gäller för den och den kan för övrigt tas ut under andra perioder än dem som infaller efter mammaledigheten.

- 61 Fullgörandet av värnplikt avser däremot en medborgerlig skyldighet som föreskrivs i lag och som inte ligger i arbetstagarens eget intresse. Kravet som ställs i det allmännas intresse på anställningsförhållandet är av allmän karaktär och gäller oavsett hur stort företaget är och hur länge arbetstagaren har varit anställd i företaget.
- 62 En värnpliktig står inom ramen för sin värnplikt till försvarsmaktens förfogande under en period som inte är valfri. Värnpliktens särskilda karaktär har för övrigt medfört att domstolen har funnit att gemenskapsrätten inte utgör hinder mot att värnplikten i en medlemsstat endast gäller för män (domen i det ovannämnda målet Dory).
- 63 Den omständigheten att denna tjänstgöring frivilligt kan förlängas medför inte att den förlorar sin karaktär och ändrar inte dess syfte. Även om förlängningen av militärtjänstgöringen är frivillig, är den enligt APSG, enligt vilken det för en möjlighet till förlängning krävs tvingande militära intressen (8 § APSG samt 19, 20, 23 och 27 §§ i Wehrgesetz).
- 64 I vart och ett av dessa fall motiveras den omständigheten att anställningsavtalet är vilande av olika skäl, närmare bestämt arbetstagarens och dennes familjs intresse av föräldraledighet och samhällets intresse i fråga om värnplikt. Eftersom dessa skäl har olika karaktär, befinner sig inte arbetstagarna i fråga i jämförbara situationer.
- 65 Mot bakgrund av det anförda skall den andra och den tredje tolkningsfrågan således besvaras så att det inte strider mot artikel 141 EG och direktiv 75/117 att perioder av fullgörande av militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst, som till största delen fullgörs

av män, men inte föräldraledighet, som till största delen tas ut av kvinnor, tillgodoräknas som anställningstid vid beräkningen av avgångsvederlag.

## Rättegångskostnader

- 66 De kostnader som har förorsakats den österrikiska regeringen och kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

### DOMSTOLEN (stora avdelningen)

— angående de frågor som genom beslut av den 22 maj 2002 har ställts av Oberster Gerichtshof — följande dom:

- 1) En förmån för personer som genomför militärtjänstgöring eller sådan obligatorisk vapenfri tjänst som ersätter denna tjänstgöring, vilken**

**frivilligt kan förlängas, som består i att denna tjänstgöringsperiod tillgodoräknas vid beräkningen av avgångsvederlag som de senare kan få rätt till, skall anses utgöra lön i den mening som avses i artikel 141 EG.**

- 2) **Det strider inte mot artikel 141 EG och rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män, att perioder av militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst, som till största delen fullgörs av män, men inte föräldraledighet, som till största delen tas ut av kvinnor, tillgodoräknas som anställningstid vid beräkningen av avgångsvederlag.**

Skouris

Jann

Timmermans

Rosas

Puissochet

Cunha Rodrigues

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Silva de Lapuerta

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 juni 2004.

R. Grass

V. Skouris

Justitiesekreterare

Ordförande