FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
fremsat den 18. maj 2004 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører begrebet »arbejde efter behov«. Spørgsmålet er i den forbindelse i det væsentlige, om en kontraktform uden en på forhånd aftalt, fast arbejdstid er i strid med det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling.

2. På denne baggrund har Oberster Gerichtshof (Østrig) (herefter også »den forelæggende ret«) i sin anmodning om en præjudiciel afgørelse stillet en række spørgsmål om fortolkningen af de fællesskabsretlige bestemmelser på det social- og arbejdsmarkedspolitiske område, navnlig vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling af deltidsansatte i forhold til fuldtidsansatte og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn.

1 — Originalsprog: tysk.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

3. Artikel 141, stk. 1, EF har følgende ordlyd:

»Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.«

4. Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivnin-

ger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder [2] bestemmer:

»Det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt »ligelønsprincippet«, indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.«

5. Artikel 5, stk. 1, 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 [3] fastsætter i den for den foreliggende sag relevante affattelse:

»Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn« [4].

6. Artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS [5] bestemmer:

»Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme nærværende direktiv senest den 20. januar 2000 eller sikrer sig senest denne dato, at arbejdsmarkedets parter har indført de nødvendige bestemmelser ad aftalemæssig vej, idet medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger for på et hvilket som helst tidspunkt at være i stand til at sikre de resultater, der er foreskrevet i dette direktiv. [...]«

7. Artikel 3 i direktiv 97/81 har følgende ordlyd:

»Dette direktiv træder i kraft på dagen for offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*« [6].

2 — EFT L 45, s. 19.

3 — EFT L 39, s. 40.

4 — Artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 er i mellemtiden blevet erstattet af den ændrede artikel 3, stk. 1, litra c), i samme direktiv. I henhold til artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 om ændring af direktiv 76/207 (EFT L 269, s. 15) trådte den nye affattelse i kraft den 5.10.2002. Gennemførelsesfristen for de foretagne ændringer udløber først den 5.10.2005.

5 — EFT 1998 L 14, s. 9, berigtiget i EFT 1998 L 128, s. 71.

6 — Direktivet blev offentliggjort i EF-Tidende den 20.1.1998.

8. Formålet med rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, som er gengivet i bilaget til direktiv 97/81, er ifølge dens § 1:

»a) at skabe grundlag for en fjernelse af forskelsbehandling af deltidsansatte og en forbedring af kvaliteten af deltidsarbejde

b) at lette udviklingen af deltidsarbejde på frivillig basis og bidrage til en fleksibel tilrettelæggelse af arbejdstiden på en måde, der tager hensyn til behovene hos arbejdsgivere og arbejdstagere«.

9. § 2, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde bestemmer:

»Denne aftale finder anvendelse på alle deltidsansatte, der har en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold, som er defineret ved lov, kollektiv overenskomst eller gældende praksis i den enkelte medlemsstat.«

10. I § 3, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde defineres en deltidsansat som en ansat, hvis normale arbejdstid, beregnet på en ugentlig basis eller i gennemsnit over en ansættelsesperiode på op til et år, er lavere end den normale arbejdstid for en sammenlignelig fuldtidsansat.

11. § 4 i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde bestemmer bl.a.:

»1. Hvad angår ansættelsesvilkår må deltidsansatte ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, udelukkende fordi de arbejder på deltid, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold.

2. Hvor det er hensigtsmæssigt, gælder princippet om pro rata temporis.

[...]«

12. I § 6 i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde hedder det bl.a.:

»1. Medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter kan opretholde eller indføre bestemmelser, der er gunstigere end dem, der er fastsat i denne aftale.

[...]

4. Denne aftale gælder med forbehold af mere specifikke fællesskabsbestemmelser og i særdeleshed fællesskabsbestemmelser vedrørende ligebehandling af eller lige muligheder for mænd og kvinder.

5. Forebyggelse og behandling af tvister og klager som følge af anvendelsen af denne aftale sker i overensstemmelse med national ret, kollektive overenskomster og gældende praksis.«

[...]

13. Foruden de nævnte bestemmelser henvises endvidere til fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder[7], som blev vedtaget på Det Europæiske Råds møde den 9. december 1989 i Strasbourg og bl.a. har følgende indhold:

»5. Enhver beskæftigelse skal være rimeligt aflønnet.

Der skal med henblik herpå, alt efter de særlige forhold i det enkelte land, gennemføres følgende:

— Arbejdstagerne skal sikres en rimelig løn, dvs. en løn, der er tilstrækkelig til at sikre dem en rimelig levestandard.

— Arbejdstagere, som er ansat på andre arbejdsvilkår end en tidsubegrænset fuldtidsarbejdskontrakt, skal aflønnes på grundlag af en rimelig referenceløn.

[...]

7. Etableringen af det indre marked skal føre til en forbedring af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår inden for Det Europæiske Fællesskab. Dette skal opnås ved indbyrdes tilnærmelse på et stadigt stigende niveau af disse vilkår, bl.a. med hensyn til arbejdstidens længde og tilrettelæggelse og andre former for arbejde end tidsubegrænset arbejde, såsom tidsbegrænset arbejde, deltidsarbejde, vikararbejde og sæsonarbejde.

[...]

9. Arbejdsvilkårene for enhver lønmodtager i Det Europæiske Fællesskab skal præciseres

7 — Gengivet i Kommissionens dokument KOM(89) 471 af 2.10.1989.

nærmere, enten ved lov eller kollektiv overenskomst eller i en arbejdskontrakt, alt efter de særlige forhold i det enkelte land.

[...]

10. Alt efter de særlige forhold i det enkelte land:

— Har enhver arbejdstager i Det Europæiske Fællesskab ret til en passende social beskyttelse og skal uanset arten af sit ansættelsesforhold og størrelsen af den virksomhed, hvori han/hun er beskæftiget, være berettiget til sociale sikringsydelser af en tilstrækkelig størrelse. [...]«

B — *National ret*

14. I national østrigsk ret er det navnlig bestemmelser i Gleichbehandlungsgesetz (lov om ligebehandling, herefter »GlBG«) og Arbeitszeitgesetz af 6. juni 1994 [8] (lov om arbejdstid, herefter »AZG«), der er af betydning.

15. Ifølge GlBG's § 2, stk. 1, er enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn forbudt, navnlig i forbindelse med indgåelsen af et arbejdsforhold, lønfastsættelsen og de øvrige arbejdsvilkår. Forskelsbehandling i forbindelse med lønfastsættelsen bevirker, at en arbejdstager får et krav over for arbejdsgiveren på betaling af differencen (GlBG's § 2a, stk. 2).

16. AZG's § 3 fastsætter den normale arbejdstid til 40 timer om ugen og 8 timer pr. dag.

17. Med hensyn til placeringen af den normale arbejdstid bestemmer AZG's § 19c følgende:

»(1) Placeringen af den normale arbejdstid samt ændringer heraf skal aftales, for så vidt som dette ikke er fastsat ved kollektiv overenskomst.

(2) Som en undtagelse fra stk. 1 kan den normale arbejdstids placering kun ændres af arbejdsgiveren, såfremt

1. det er objektivt begrundet ud fra arbejdets art

8 — BGBl. 1994 I, s. 1170.

2. arbejdstageren informeres mindst to uger i forvejen om placeringen af den normale arbejdstid i hver enkelt uge

end den ved lov eller kollektiv overenskomst fastsatte normale arbejdstid.

3. arbejdstagerens interesser, som skal tages i betragtning, ikke står i modsætning til denne inddeling, og

(2) Omfang og placering af arbejdstiden samt ændringer heraf skal aftales, for så vidt dette ikke er fastsat ved kollektiv overenskomst. § 19c, stk. 2 og 3, finder anvendelse.

4. ingen aftaler er til hinder herfor.

[...]

(3) Stk. 2, nr. 2, kan fraviges, såfremt dette er nødvendigt for at forhindre en uforholdsmæssig økonomisk ulempe i uforudseelige situationer, og andre foranstaltninger ikke med rimelighed kan forlanges. Ved kollektiv overenskomst kan der vedtages bestemmelser, som fraviger stk. 2, nr. 2, såfremt der foreligger arbejdsspecifikke krav.«

(6) Deltidsansatte arbejdstagere må ikke på grund af deltidsarbejdet stilles ringere end fuldtidsansatte arbejdstagere, medmindre en sådan forskelsbehandling er objektivt begrundet. [...] I tilfælde af uoverensstemmelse skal arbejdsgiveren bevise, at forskelsbehandlingen ikke er en konsekvens af deltidsarbejdet.«

18. AZG's § 19d har bl.a. følgende ordlyd:

19. Endvidere fremgår det af forelæggelseskendelsen, at den kollektive overenskomst for handelsansatte i Østrig fastsætter den normale arbejdstid til 38,5 timer om ugen og endvidere indeholder bestemmelser for beregningen gennem længere tidsrum.

»(1) Ved deltidsarbejde forstås, at den aftalte ugentlige arbejdstid gennemsnitligt er lavere

III — Sagens faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

20. I perioden mellem oktober 1998 og juni 2000 var sagsøgeren i hovedsagen, Nicole Wippel, ansat hos sagsøgte i hovedsagen, Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG (herefter »P&C«), en virksomhed inden for detailsalg af beklædning. Arbejdsforholdet var baseret på en rammearbejdsaftale på grundlag af princippet om arbejde efter behov.

21. Denne rammearbejdsaftale indeholdt navnlig ingen fast arbejdstid, og varigheden og placeringen af arbejdstiden skulle aftales fra gang til gang mellem parterne. Nærmere bestemt ville P&C alt efter behov tilbyde Nicole Wippel arbejde, og denne skulle kunne acceptere eller afslå det tilbudte arbejde uden at være nødt til at give nogen begrundelse herfor. I praksis udarbejdede P&C's salgsleder i begyndelsen af hver uge arbejdsplanen for den følgende uge. Hver ansat kunne tilkendegive på en liste, hvornår han eller hun ikke ønskede at arbejde i den pågældende uge. Arbejdsopgaverne blev derpå fastlagt af P&C i overensstemmelse med disse ønsker fra de ansattes side. Det fremgår endvidere af sagens akter, at Nicole Wippel flere gange tilkendegav, at hun ikke kunne eller ønskede at arbejde på bestemte dage.

22. Det fremgik endvidere af rammearbejdsaftalen, at Nicole Wippel ikke blev garanteret en fast indtægt, da begge parter udtrykkeligt havde givet afkald på at fastlægge et bestemt arbejdsomfang. P&C stillede kun sagsøgeren i udsigt, at det kunne dreje sig om ca. tre dage om ugen og to lørdage om måneden. Lønnen udgjorde 6,54 EUR i timen plus eventuel salgsprovision.

23. Nicole Wippel arbejdede faktisk uregelmæssigt i løbet af sin ansættelsesperiode fra oktober 1998 og indtil juni 2000, og hendes løn varierede tilsvarende fra måned til måned. Det højeste antal arbejdstimer pr. måned nåede hun op på i oktober 1999 med 123,32 timer.

24. Inden indgåelsen af rammearbejdsaftalen havde P&C gjort Nicole Wippel, som var 19 år i begyndelsen af arbejdsforholdet og netop havde afsluttet skolen, opmærksom på fordelene og ulemperne ved den valgte kontraktform. Nicole Wippel anførte i den forbindelse, at hun ikke var afhængig af en regelmæssig indtægt.

25. Tvisten mellem parterne i hovedsagen vedrører et lønkrav fra Nicole Wippel. I juni 2000 anlagde Nicole Wippel sag ved Arbeits- und Sozialgericht Wien mod P&C med påstand om betaling af 11 929,23 EUR plus

udgifter og andre krav. Sagsøgeren har gjort gældende, at P&C med tilbagevirkende kraft skal efterbetale løn svarende til forskellen mellem det højeste antal arbejdstimer, som man kunne have krævet af hende, og det antal arbejdstimer, som hun faktisk havde udført om måneden. Nicole Wippel har fremført, at det maksimale antal arbejdstimer, som hun udførte i oktober 1999, skulle have ligget til grund for hendes løn for *hver* måned, hvor hun arbejdede for P&C. På dette grundlag har hun stillet krav om en bruttomånedsløn på 807,98 EUR i perioden indtil december 1999 og på 825,93 EUR i perioden januar-juni 2000.

26. Arbeits- und Sozialgericht Wien frifandt sagsøgte under henvisning til AZG's § 19d, stk. 2; i den foreliggende sag er hver eneste arbejdsopgave blevet fastlagt efter aftale mellem de stridende parter. Som appelinstans ophævede Oberlandesgericht Wien den anfægtede afgørelse, hjemviste sagen til førsteinstansen til prøvelse af det faktiske forløb af arbejdsforholdet og gav tilladelse til appel. Begge parter appellerede kendelsen til Oberster Gerichtshof.

27. Vedrørende østrigsk ret har Oberster Gerichtshof anført, at der i henhold til AZG for fuldtidsansatte gælder en normal arbejdstid, hvis omfang og placering er fastsat ved lov. Derimod indeholder AZG ingen — heller ikke blot subsidiære — lovbestemmelser, der regulerer arbejdstidens konkrete omfang og placering for deltidsansatte.

28. Under hensyn til formålet med de arbejdsretlige regler er en aftale som den i den foreliggende sag uvirksom. Den går ud på, at arbejdstageren giver afkald på sit lovbestemte krav på kontraktmæssig fastlæggelse af arbejdstidens omfang og overlader det til arbejdsgiverens skøn at placere arbejdstiden.

29. Oberster Gerichtshof har endvidere henvist til statistikker, hvoraf det fremgår, at over 90% af alle deltidsansatte er kvinder, mens andelen af kvinder blandt fuldtidsansatte udgør ca. 40%. Da P&C ikke har anført, at forholdene afviger væsentligt herfra i P&C's virksomhed, er Oberster Gerichtshof gået ud fra, at andelen af kvinder blandt deltidsansatte væsentligt overstiger andelen af kvinder blandt fuldtidsansatte ikke kun i almindelighed, men også i P&C's virksomhed.

IV — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

30. Ved kendelse af 8. august 2002 har den forelæggende ret forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Skal artikel 141 EF, artikel 1 i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder samt § 2 i den rammeaftale, der er indgået mellem Unice, CEEP og EFS om deltidsarbejde, og som er gennemført ved Rådets direktiv 97/81/EF, og punkt 9 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder af 9. december 1989 fortolkes således (arbejdstagerbegrebet), at de gennemgående beskytter personer som sagsøgeren i den foreliggende sag, der i en omfattende rammeaftale om arbejde træffer aftaler om løn, opsigelsesbetingelser osv., men også bestemmer, at omfanget og placeringen af arbejdstiden indrettes efter arbejdsmængde og i hvert enkelte tilfælde først aftales mellem parterne?

b) Omfattes en person af »arbejdstagerbegrebet« i spørgsmål 1.a)'s forstand, når den pågældende uforpligtende stilles i udsigt, at ansættelsen vil omfatte ca. tre dages arbejde om ugen og to lørdage om måneden?

c) Omfattes en person af »arbejdstagerbegrebet« i spørgsmål 1.a)'s forstand, når ansættelsen faktisk omfatter ca. tre dages arbejde om ugen og to lørdage om måneden?

d) Er fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder af 9. december 1989 i det mindste retligt bindende i et sådant omfang, at den skal tages i betragtning ved fortolkningen af andre fællesskabsretlige bestemmelser?

2) Skal artikel 141 EF, artikel 1 i direktiv 75/117, artikel 5 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 og § 4 i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde fortolkes således, at der foreligger en forskelsbehandling, der ikke er objektivt begrundet, når der for fuldtidsansatte

(ca. 60% mænd, 40% kvinder) ved lov eller kollektiv overenskomst ikke blot er fastsat bestemmelser for omfanget af arbejdstiden, men også delvist for placeringen heraf, hvis overholdelse også kan kræves af en fuldtidsansat uden ansættelseskontrakt, hvorimod der ikke er fastsat sådanne bestemmelser for deltidsansatte, hvoraf langt den overvejende del er kvinder (ca. 90% kvinder og 10% mænd), selv i tilfælde, hvor de kontraherende parter ikke har indgået — en i henhold til loven påkrævet — kontraktmæssig aftale herom?

3) Skal artikel 141 EF, artikel 1 i direktiv 75/117, artikel 5 i direktiv 76/207 og § 4 i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde fortolkes således, at der foreligger en forskelsbehandling, der ikke er objektivt begrundet, såfremt en arbejdsgiver for deltidsansatte, hvoraf det må antages, at langt den overvejende del er kvinder (ca. 90% kvinder og 10% mænd), udtrykkeligt udelukker en aftale om placeringen og omfanget af arbejdstiden, mens både omfanget og til dels også fordelingen af arbejdstiden for fuldtidsansatte, hvor det må antages, at kvinder ikke er overrepræsenteret i samme omfang, allerede er fastlagt ved lov eller kollektiv overenskomst?

4) Skal artikel 141 EF, artikel 1 i direktiv 75/117, artikel 5 i direktiv 76/207 og § 4 tillige med § 1, litra b) (lettelse af udviklingen af deltidsarbejde), i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde fortolkes således, at det for at kompensere for en forskelsbehandling, der ikke er objektivt begrundet, er nødvendigt og tilladt,

a) at der for så vidt angår arbejdstidens omfang tages udgangspunkt i et fastsat omfang og i bekræftende fald i

— den normale arbejdstid eller

— den maksimale, faktisk ydede ugentlige arbejdstid, medmindre arbejdsgiveren godtgør, at denne skal henføres til et på det tidspunkt bestående usædvanligt arbejdsbehov, eller

— det på tidspunktet for indgåelsen af arbejdsaftalen fastlagte behov

— den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid, og

b) at der for så vidt angår placeringen af arbejdstiden for at kompensere for den ekstra belastning, som fleksibilitet indebærer for arbejdstageren, og for de fordele, som arbejdsgiveren opnår, tildeles

— et »passende« tillæg til timelønnen, der fastsættes i hvert enkelt tilfælde, eller

— et minimumstillæg, som tilkommer fuldtidsansatte, der arbejder ud over den normale arbejdstid (8 timer dagligt eller 40 timer ugentligt), eller

— en kompensation uafhængig af omfanget af den ydede arbejdstid for den tid, der ikke er aflønnet som arbejdstid, men hvor det i henhold til aftalen ville være muligt at placere arbejdstid (potentiel arbejdstid), såfremt varslet er under

i) 14 dage eller

ii) en rimelig periode?«

31. Nicole Wippel, P&C, den østrigske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen har afgivet indlæg for Domstolen.

V — Vurdering

A — *Formaliteten*

32. I forelæggelseskendelsen har Oberster Gerichtshof anført, at begrebet »arbejde efter behov« ikke er tilladt efter national ret, og at den rammearbejdsaftale, der er indgået mellem Nicole Wippel og P&C, til dels er ugyldig. På baggrund heraf har Kommissionen i sit skriftlige og mundtlige indlæg givet udtryk for, at hovedsagen frem for alt vedrører national østrigsk ret. Dermed har Kommissionen indirekte også sat spørgsmålstegn ved, om anmodningen om en præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling i henhold til artikel 234 EF, og om Domstolen har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål.

33. Det bemærkes i denne henseende, at det ifølge fast retspraksis alene tilkommer den nationale ret, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at

den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. En afvisning fra realitetsbehandling af en anmodning om en præjudiciel afgørelse fra en national ret er kun mulig, hvis det viser sig, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [9].

35. Dermed savner anmodningen om en præjudiciel afgørelse ikke åbenbart enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen. De præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

B — *Første spørgsmål, litra d): den retlige karakter af fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder*

34. I den foreliggende sag har Oberster Gerichtshof til hensigt at anvende nationale bestemmelser som f.eks. AZG og GlBG, der under alle omstændigheder til dels har til formål at gennemføre fællesskabsretsakter [10]. Efter princippet om en fortolkning i overensstemmelse med direktiver [11] kan fortolkningen af fællesskabsretten også være af betydning i forbindelse med anvendelsen af nationale love. Med hensyn til tvisten i hovedsagen gælder dette ikke kun for betingelserne for anvendelsen af det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling, men også — som Kommissionen med rette har bemærket — for de retlige følger heraf, dvs. for de konsekvenser, der i forhold til fællesskabsretten vil kunne drages af en eventuel forskelsbehandling.

36. Første spørgsmål, litra d), vedrører den retlige karakter af fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder. Den forelæggende ret har spurgt om, hvorvidt denne pagt er retligt bindende; den ønsker oplyst, om pagten skal tages i betragtning ved fortolkningen af fællesskabsretten. Jeg foreslår straks at undersøge dette spørgsmål, da det har virkninger for besvarelsen af alle øvrige spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet.

37. Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder blev vedtaget på Det Europæiske Råds samling den 9. december 1989 i Strasbourg i form af en erklæring [12]. Den er derfor ikke retligt bindende som de primærretlige akter, der findes i traktaten og,

9 — Jf. f.eks. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59-61, af 30.4.1998, sag C-230/96, Cabour, Sml. I, s. 2055, præmis 21, af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139, præmis 18, og af 25.3.2004, forenede sager C-480/00 — C-482/00, C-484/00, C-489/99 — C-491/00 og C-497/00 — C-499/00, Ribaldi m.fl., Sml. I, s. 2943, præmis 72.

10 — I denne forbindelse kan navnlig nævnes direktiv 76/207 og 97/81.

11 — Vedrørende princippet om en fortolkning i overensstemmelse med direktiver i henhold til artikel 249, stk. 3, EF, sammenholdt med artikel 10 EF, jf. dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 19-26 og den deri anførte retspraksis.

12 — Denne erklæring blev vedtaget af stats- og regeringscheferne for 11 af de daværende 12 medlemsstater og er ikke blevet offentliggjort i EF-Tidende; jf. i denne henseende formandskabets konklusioner, EF-Bulletin 12-1989, punkt 1.1.10.

i henhold til artikel 311 EF, i de protokoller, der knyttes som bilag til traktaten. Pagten kan heller ikke betragtes som en bindende sekundærretlig akt allerede af den grund, at Det Europæiske Råd ikke har nogen lovgivningskompetence. I pagten kommer kun generelle social- og arbejdsmarkedspolitiske retningslinjer til udtryk, som sigter mod at tilføre Unionen en fremdrift til dens udvikling inden for social- og arbejdsmarkedspolitikken [13].

38. Selv om fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder således ikke er en bindende retsakt [14], viser forskellige bestemmelser i fællesskabsretten dog en stærk tilknytning til denne, som skal tages behørigt i betragtning ved fortolkningen og anvendelsen af disse bestemmelser. I forbindelse med sådanne bestemmelser har også Domstolen allerede anvendt pagten som fortolkningsbidrag [15].

39. Hvad angår artikel 141 EF optræder denne bestemmelse i traktatens kapitel om social- og arbejdsmarkedspolitikken, hvis indledende bestemmelse, artikel 136, stk. 1, EF, efter Amsterdam-traktatens ikrafttræden [16] udtrykkeligt henviser til pagten. Det samme gælder for direktiv 97/81, hvis tredje betragtning ligeledes henviser direkte til pagten. Selv direktiv 75/117 og 76/207, som trådte i kraft inden vedtagelsen af pagten, har til formål at gennemføre princippet om ligebehandling af arbejdstagere på erhvervsområdet og vedrører dermed ligeledes et område, som er omfattet af pagten [17], på baggrund af hvilken de derfor skal fortolkes og anvendes.

40. Foruden de bestemmelser, som allerede på grund af deres specifikke social- og arbejdsmarkedspolitiske indhold har en snæver tilknytning til pagten, skal der imidlertid også tages hensyn til fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder ved fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten. Målene om sociale fremskridt og et højt socialt beskyttelsesniveau, som de kommer til udtryk i artikel 2 EF, i anden og tredje betragtning i præamblen til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab samt i ottende betragtning i præamblen til traktaten om Den Europæiske Union, gælder nemlig for alle Fællesskabets aktiviteter. Fjerde betragtning i præamblen til traktaten

13 — Jf. tillige artikel 4 EU, som ganske vist endnu ikke var i kraft i 1989, men kan betragtes som udtryk for den rolle, som Det Europæiske Råd og stats- og regeringscheferne i medlemsstaterne havde allerede inden traktaten om Den Europæiske Union.

14 — I sit forslag til afgørelse af 28.1.1999 i sagerne C-67/96, C-115/97 — C-117/97 og C-219/97, Albany m.fl., Sml. 1999 I, s. 5754, punkt 137, har generaladvokat Jacobs ligeledes udtalt sig imod, at pagten skal betragtes som retligt bindende.

15 — Dom af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389, præmis 47, i samme retning dom af 26.6.2001, sag C-173/99, BECTU, Sml. I, s. 4881, præmis 39. Begge domme vedrørte Rådets direktiv 93/104/EF af 23.11.1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden, EFT L 307, s. 18, hvis fjerde betragtning udtrykkeligt henviser til fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder.

16 — Den 1.5.1999.

17 — Jf. punkt 16 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder.

om Den Europæiske Union henviser ligeledes udtrykkeligt til pagten, hvori disse mål konkretiseres.

41. Den forelæggende rets spørgsmål skal derfor besvares med, at fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder skal tages i betragtning som fortolkningsbidrag i forbindelse med fællesskabsretlige bestemmelser, selv om den ikke er retligt bindende.

C — Første spørgsmål, litra a)-c): arbejdstagerbegrebet

42. Med sit første spørgsmål, litra a)-c), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om arbejdstagerbegrebet som omhandlet i artikel 141 EF, direktiv 75/117, rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde og fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder også omfatter personer, som kun er ubetydeligt beskæftiget og udøver deres virksomhed efter behov uden konkret arbejdstid, der er fastlagt på forhånd.

43. I henhold til fællesskabsretten er indholdet af begrebet arbejdstager ikke entydigt, men afhænger af den bestemmelse, der er tale om [18]. Der skal i denne henseende sondres mellem rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde på den ene side og artikel 141 EF, direktiv 75/117, direktiv 76/207 samt fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder på den anden side.

1. Arbejdstagerbegrebet i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde

44. Hvad indledningsvis angår rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde gælder denne i henhold til dens § 2, stk. 1, for »alle deltidsansatte, der har en ansættelseskontrakt eller et ansættelsesforhold, som er defineret ved lov, kollektiv aftale eller gældende praksis i den enkelte medlemsstat«.

45. Arbejdstagerbegrebet i den i rammeaftalen omhandlede forstand er derfor ikke et fællesskabsretligt begreb. Den personkreds, der er omfattet af rammeaftalen, defineres derimod under henvisning til den nationale lovgivning, der finder anvendelse i hvert enkelt tilfælde. Arbejdstagerbegrebet skal således bestemmes på grundlag af den lovgivning, de kollektive overenskomster og den praksis, der gælder i den enkelte

18 — Dom af 12.5.1998, sag C-85/96, Martínez Sala, Sml. I, s. 2691, præmis 31, og af 13.1.2004, sag C-256/01, Allonby, Sml. I, s. 873, præmis 63.

medlemsstat. Medlemsstaterne har i den forbindelse et vidt skøn. Af fællesskabsretten kan der i den henseende højst udledes grænser herfor. En medlemsstat vil således kunne tilsidesætte sin forpligtelse til loyalt samarbejde (artikel 10 EF), hvis arbejdstagerbegrebet defineres så snævert i den nationale ret, at rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde mister enhver effektiv virkning, og det bliver uforholdsmæssigt vanskeligt at gennemføre de i § 1 nævnte mål. Der er imidlertid intet, der tyder på, at dette er tilfældet i den foreliggende sag.

46. Oberster Gerichtshof har anført i forelæggelseskendelsen, at Nicole Wippel efter dens opfattelse skal anses for arbejdstager i den i østrigsk ret omhandlede forstand, selv om der ikke på forhånd er aftalt fast arbejdstid. I henhold til § 2, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde er hun dermed omfattet af dennes personelle anvendelsesområde.

2. Arbejdstagerbegrebet i artikel 141 EF, direktiv 75/117 og 76/207 samt fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder

47. Arbejdstagerbegrebet er ikke defineret udtrykkeligt i artikel 141 EF, direktiv 75/117 og 76/207 samt fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder. Dets betydning må derfor fastsættes under hensyntagen til de almindeligt anerkendte fortolkningsprincipper, hvor navnlig den sammenhæng, bestemmelsen indgår i, samt traktatens formål skal tages i betragtning [19].

48. Ifølge artikel 2 EF har Fællesskabet til opgave bl.a. at fremme ligestillingen mellem mænd og kvinder. Artikel 141, stk. 1, EF er et specifikt udtryk for princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, der hører til Fællesskabets grundlag og er en del af de grundlæggende rettigheder, der er beskyttet i Fællesskabets retsorden [20]. I henhold til artikel 3, stk. 2, EF tilstræber Fællesskabet at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder. Under henvisning til den europæiske socialpagt [21] og fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder [22] formulerer artikel 136, stk. 1, EF bl.a. målet om at fremme en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene samt en passende social beskyttelse.

49. På baggrund af dette sociale beskyttelsesformål skal arbejdstagerbegrebet i artikel 141 EF, direktiv 75/117 og 76/207 samt fællesskabspagten om arbejdstagernes

19 — Allonby-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 64.

20 — Allonby-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 65; jf. tillige dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne II, Sml. s. 455, præmis 12, og af 10.2.2000, forenede sager C-270/97 og C-271/97, Deutsche Post, Sml. I, s. 929, præmis 57.

21 — Undertegnet i Torino den 18.10.1961.

22 — Jf. navnlig pagtens punkt 7-10.

grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder anses som et fællesskabsretligt begreb og fortolkes vidt [23]. I den henseende kan der tages udgangspunkt i den definition, som Domstolen har udviklet i forbindelse med arbejdskraftens frie bevægelighed i henhold til artikel 39 EF [24].

50. Med hensyn til artikel 39 EF har Domstolen på grundlag af de gensidige rettigheder og pligter i arbejdsforholdet i fast retspraksis fastslået, at en person, der i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, anses for arbejdstager [25]. Arbejdstagerbegrebet forudsætter dog en faktisk og reel beskæftigelse, der ikke er af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement [26].

51. Den forelæggende ret skal på grundlag af samtlige omstændigheder i den konkrete sag fastslå, om Nicole Wippels beskæftigelse skal anses for faktisk og reel beskæftigelse eller om den er af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement [27]. Domstolen, hvis opgave det er at give den nationale ret fyldestgørende svar, er dog kompetent til på grundlag af det i hovedsagen oplyste samt de for Domstolen indgivne skriftlige og mundtlige indlæg at vejlede den nationale ret på en sådan måde, at denne kan træffe sin afgørelse [28].

52. Domstolen fastslog således allerede i Raulin-sagen, at en person, der kan tilkaldes efter behov og kun er ubetydeligt beskæftiget, kan anses for arbejdstager [29]. Denne sag viser i øvrigt en række paralleller til de faktiske omstændigheder i hovedsagen. I Raulin-sagen var der således heller ingen garanti for et vist antal arbejdstimer, og ofte blev der kun arbejdet ganske få dage om ugen eller kun få timer om dagen. Arbejdsgiveren skulle kun betale løn og sociale ydelser, for så vidt arbejdstageren faktisk havde arbejdet. Til gengæld var arbejdstageren ikke forpligtet til at arbejde, når arbejdsgiveren tilkaldte vedkommende.

23 — Allonby-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 66.

24 — I denne retning også Allonby-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 67.

25 — Dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 17, af 31.5.1989, sag 344/87, Bettray, Sml. s. 1621, præmis 12, af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 13, og af 6.11.2003, sag C-413/01, Ninni-Orasche, Sml. I, s. 13187, præmis 24, jf. tillige Martínez Sala-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 32.

26 — Jf. dom af 26.2.1992, sag C-357/89, Raulin, Sml. I, s. 1027, præmis 10 og 12, af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 17, samt Lawrie-Blum-dommen (præmis 21), Meeusen-dommen (præmis 13) og Ninni-Orasche-dommen (præmis 26), alle nævnt i fodnote 25.

27 — Raulin-dommen, nævnt i fodnote 26, præmis 13, og Allonby-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 69.

28 — Fast retspraksis inden for social- og arbejdsmarkedspolitikken; jf. f.eks. dom af 11.9.2003, sag C-77/02, Steinicke, Sml. I, s. 9027, præmis 59, og af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit og Becker, Sml. I, s. 12575, præmis 83.

29 — Raulin-dommen, nævnt i fodnote 26, præmis 9-11.

53. Retspraksis gør det ganske vist muligt ved bedømmelsen af, om en person er arbejdstager, at tage hensyn til, at det arbejde, som er udført, er uregelmæssigt og af begrænset varighed [30]. Det fremgår imidlertid af sagens akter, at Nicole Wippels arbejde omfattede en længere periode og i gennemsnit tre dage om ugen samt to lørdage om måneden. Desuden skal det tages i betragtning, at også personer, som kun arbejder nogle få timer om ugen, og hvis indtægter muligvis er mindre end, hvad der anses som tilstrækkeligt til det fornødne underhold, ifølge Domstolens praksis anses for arbejdstagere [31].

54. Allerede anvendelsen af det arbejdstagerbegreb, der er udviklet i forbindelse med den frie bevægelighed i henhold til artikel 39 EF, taler derfor for, at Nicole Wippel anses for arbejdstager. I den foreliggende sag kan det derfor stå åbent, om arbejdstagerbegrebet — i betragtning af det sociale beskyttelsesformål — derudover skal defineres videre i forbindelse med social- og arbejdsmarkedspolitikken end på området for arbejdskraftens frie bevægelighed i henhold til artikel 39 EF [32].

55. Den forelæggende rets spørgsmål må derfor besvares med, at arbejdstagerbegrebet i artikel 141 EF, direktiv 75/117, direktiv 76/207 og fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder under alle omstændigheder omfatter enhver person, der præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, medmindre der i forbindelse med disse ydelser ikke er tale om en faktisk og reel beskæftigelse, eller om beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement. I den henseende er det ikke afgørende, om der på forhånd er aftalt en fast arbejdstid.

D — *Indledende bemærkninger vedrørende andet og tredje spørgsmål: anvendelse af direktiv 97/81 og 76/207*

56. I sit andet og tredje spørgsmål har Oberster Gerichtshof henvist til artikel 141 EF, direktiv 75/117 og 76/207 samt rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde. Inden disse spørgsmål behandles i enkeltheder, foreslår jeg, at det afklares, om og i hvilket omfang de nævnte bestemmelser finder anvendelse på den foreliggende sag.

1. Anvendelse af direktiv 97/81 og rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde i perioder inden den 20. januar 2000

57. I forbindelse med direktiv 97/81 og den rammeaftale vedrørende deltidsarbejde, der

30 — Raulin-dommen, nævnt i fodnote 26, præmis 14.

31 — Levin-dommen, nævnt i fodnote 26, præmis 15 og 16, og Lawrie-Blum-dommen, nævnt i fodnote 25, præmis 21.

32 — Kommissionen og P&C har antydet dette i deres skriftlige indlæg.

er knyttet som bilag til direktivet, skal det for besvarelsen af det andet og det tredje spørgsmål tages i betragtning, at fristen for at gennemføre direktivet først udløb den 20. januar 2000[33], dvs. *efter* indgåelsen af arbejdsforholdet mellem Nicole Wippel og P&C.

58. Der rejser sig dermed det spørgsmål, hvilken betydning denne rammeaftale har i den foreliggende sag med hensyn til de perioder af arbejdsforholdet, som lå inden den 20. januar 2000, navnlig om den nationale ret skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med direktivet også med hensyn til denne periode[34].

59. Principielt træder direktiver i kraft på det i direktiverne fastsatte tidspunkt eller, hvis et sådant ikke er angivet, den tyvende dag efter offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*[35]. Allerede fra dette tidspunkt har de retsvirkninger[36]. Medlemsstaterne skal således allerede i løbet af gennemførelsesfristen afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare[37].

60. Foruden denne stand still-klausul kan direktiver imidlertid også have retsvirkninger allerede inden udløbet af gennemførelsesfristen. Det fremgår af ordlyden af direktiv 97/81, at det *trådte i kraft* på dagen for offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, den 20. januar 1998[38]. Medlemsstaternes frist til at gennemføre direktivet blev ganske vist fastsat til den 20. januar 2000, men denne frist gælder kun for vedtagelsen af nødvendige *love og administrative bestemmelser* samt *aftaler mellem arbejdsmarkedets parter*[39]. Formålet med en sådan gennemførelsesfrist er at give tilstrækkelig tid til eventuelt nødvendige lovgivningsprocedurer og forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter[40]. Bortset fra dette

33 — Artikel 2, stk. 1, i direktiv 97/81.

34 — Der er forskellige opfattelser med hensyn til omfanget af forpligtelsen til at fortolke national ret i overensstemmelse med direktiver inden udløbet af gennemførelsesfristen. Mens f.eks. generaladvokat Darmon har udtalt sig til fordel for en generel forpligtelse til at fortolke national ret i overensstemmelse med direktiver allerede inden udløbet af gennemførelsesfristen (forslag til afgørelse af 14.11.1989 i sagerne C-177/88 og C-179/88, Dekker m.fl., Sml. 1990 I, s. 3956, punkt 11), går generaladvokat Jacobs ikke helt så langt, men er dog af den opfattelse, at de nationale retter er forpligtet til at fortolke allerede udstedte nationale foranstaltninger til gennemførelse af direktivet i overensstemmelse hermed (forslag til afgørelse af 25.6.1992, sag C-156/91, Hansa Fleisch, Sml. 1992 I, s. 5567, punkt 23 og 24).

35 — Artikel 254, stk. 1, andet punktum, og stk. 2, andet punktum, EF. Direktiver, som ikke er rettet til alle medlemsstaterne, får virkning ved meddelelse til dem, de er rettet til.

36 — Dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 41. Jf. tillige generaladvokat Albers forslag til afgørelse af 9.9.2003, sag C-157/02, Rieser, dom af 5.2.2004, Sml. I, s. 1477, punkt 112.

37 — Artikel 249, stk. 3, EF, sammenholdt med artikel 10, stk. 2, EF. Jf. i forbindelse med vedtagelsen af bestemmelser tillige Inter-Environnement Wallonie-dommen, nævnt i fodnote 36, præmis 45, samt dom af 8.5.2003, sag C-14/02, ATRAL, Sml. I, s. 4431, præmis 58, og Rieser-dommen, nævnt i fodnote 36, præmis 66.

38 — Artikel 3 i direktiv 97/81.

39 — Artikel 2, stk. 1, i direktiv 97/81.

40 — I denne retning tillige Inter-Environnement Wallonie-dommen, nævnt i fodnote 36, præmis 43, og Rieser-dommen, nævnt i fodnote 36, præmis 68.

særlige tilfælde er direktivet imidlertid allerede fra dagen for sin ikrafttræden retligt bindende med hensyn til det mål, der skal nås, og er også bindende for domstolene i medlemsstaterne [41].

61. Navnlig stod det klart allerede ved direktivets ikrafttræden, hvilke politiske vurderinger fællesskabslovgiveren havde lagt til grund med hensyn til deltidsarbejde og dermed formålet med direktiv 97/81. Sådanne vurderinger skal nemlig tages i betragtning i de tilfælde, hvor den nationale ret skal fortolke og anvende generalklausuler eller ubestemte retlige begreber i national ret.

62. Såfremt der allerede inden vedtagelsen af et direktiv fandtes nationale love og administrative bestemmelser med generalklausuler og ubestemte retlige begreber, kan det i øvrigt heller ikke anføres [42], at domstole ikke må foruddiskontere lovgiverens beslutning ved gennemførelsen af et direktiv. For så vidt som den nationale domstol nemlig kun i overensstemmelse med direktivet udnytter den mulighed for fortolkning, som lovgiveren allerede har givet den i eksisterende nationale bestemmelser, udfører den kun sin ganske særlige opgave.

63. Jeg er derfor af den opfattelse, at bestemmelser i national ret, navnlig generalklausuler og ubestemte retlige begreber, skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med direktiver også inden udløbet af gennemførelsesfristen. I den foreliggende sag har fællesskabslovgiverens vurderinger med hensyn til deltidsarbejde navnlig betydning for de nationale forbud mod forskelsbehandling, der allerede findes inden udløbet af gennemførelsesfristen og kan påvirke fortolkningen og anvendelsen heraf [43]. De samme vurderinger ville i øvrigt også skulle tages i betragtning, såfremt der i hovedsagen havde været tale om begrebet lov og ærbarhed i henhold til national ret; ifølge den forelæggende ret havde dette begreb spillet en rolle i Østrig i forbindelse med vurderingen af visse modeller for deltidsarbejde, under alle omstændigheder inden § 19d blev optaget i AZG.

41 — Inter-Environnement Wallonie-dommen, nævnt i fodnote 36, præmis 40 og 41; dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 22.6.2000, sag C-318/98, Fornasar m.fl., Sml. I, s. 4785, præmis 41 og 42. I Rieser-dommen, nævnt i fodnote 36, præmis 67, udtaler Domstolen sig ikke imod en forpligtelse til en fortolkning i overensstemmelse med direktiver inden udløbet af gennemførelsesfristen; det præciseres blot, at der indtil udløbet af gennemførelsesfristen ikke er tale om en direkte anvendelse af direktivet, og at der ikke er pligt til at undlade at anvende eksisterende national ret. Derimod er der i forbindelse med en fortolkning i overensstemmelse med direktiver netop tale om at anvende eksisterende national ret.

42 — Jf. f.eks. punkt 24 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i forbindelse med Hansa Fleisch-sagen, nævnt i fodnote 34.

43 — Allerede AZG i affattelsen i Bundesgesetz BGBl. I nr. 46/1997 indeholdt i § 19 d, stk. 6, et forbud mod forskelsbehandling af deltidsansatte arbejdstagere. Jf. endvidere forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn i GlBG's § 2.

2. Det materielle anvendelsesområde for direktiv 76/207

64. For så vidt som der desuden er tale om en eventuel forskelsbehandling på grundlag af køn, skal det afklares, om artikel 141 EF og artikel 1 i direktiv 75/117 eller i direktiv 76/207 finder anvendelse, og hvorledes situationen er med hensyn til direktiv 97/81, herunder rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde.

65. Artikel 141 EF og artikel 1 i direktiv 75/117 forbyder forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til *løn*, mens forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til *arbejdsvilkår* omfattes af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207. Anvendelsesområdet for disse to bestemmelser udelukker gensidigt hinanden [44].

66. I den foreliggende sag er hovedsagens parter ikke primært uenige om selve lønnen. Nicole Wippels lønkrav er derimod en følge af tvisten mellem hende og P&C om arbejdstidens udformning, dvs. om et arbejdsvilkår. Det forhold, at forskelle i arbejdsvilkårene også kan have økonomisk betydning for de pågældende arbejdstagere, hvilket i givet fald kan give anledning til tvister, er ikke til hinder for, at direktiv 76/207 finder anvendelse [45]. Det er ikke artikel 141 EF og artikel 1 i direktiv 75/117, der er relevante i forbindelse med sådanne tvister, men derimod artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, der er en mere speciel bestemmelse.

67. Forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 76/207 finder i øvrigt også anvendelse ved siden af forbuddet mod at forfordele deltidsansatte i henhold til rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde [46], da de to bestemmelser regulerer forskellige faktiske omstændigheder og forfølger forskellige mål. De forskellige forbud mod forskelsbehandling vedrører forskellige situationer. De står ikke i et specielt forhold til hinanden.

E — *Andet spørgsmål: forskelsbehandling gennem lov*

68. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der i forhold til fællesskabsretten fore-

44 — Jf. f.eks. Steinicke-dommen, nævnt i fodnote 28, præmis 48-51, endvidere mit forslag til afgørelse af 1.4.2004, sag C-19/02, Hlozek, Sml. I, s. 11491, punkt 96 og 97 med yderligere henvisninger.

45 — Steinicke-dommen, nævnt i fodnote 28, præmis 49-51.

46 — I denne henseende tillige generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 3.4.2003 i Steinicke-sagen, nævnt i fodnote 28, punkt 41 og 42 samt 58. Jf. tillige § 6, stk. 4, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde.

ligger en forbudt forskelsbehandling, når der for fuldtidsansatte findes konkrete ved lov eller kollektiv overenskomst fastsatte bestemmelser vedrørende arbejdstiden, hvorimod der for deltidsansatte ikke er fastsat sådanne bestemmelser — heller ikke bestemmelser, som i givet fald finder anvendelse subsidiært.

69. I denne henseende skal der ses nærmere på dels det (kønsneutrale) forbud mod forskelsbehandling mellem deltids- og fuldtidsansatte, dels forbuddet mod (indirekte) forskelsbehandling på grundlag af køn.

1. Forbuddet mod forskelsbehandling af deltidsansatte

70. Rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde indeholder et forbud mod forskelsbehandling af deltidsansatte: I henhold til § 4, stk. 1, må deltidsansatte, hvad angår ansættelsesvilkår, ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold.

71. For at fastslå, om en retlig situation som den, der foreligger i Østrig, giver anledning til forskelsbehandling i denne henseende, er det nødvendigt at undersøge to spørgsmål: Det første spørgsmål er, om der i det hele taget er tale om en mindre gunstig behandling af deltidsansatte i forhold til sammenlignelige fuldtidsansatte. I bekræftende fald vil det derpå skulle undersøges, om en sådan mindre gunstig behandling kan begrundes i objektive forhold.

a) Ingen mindre gunstig behandling med hensyn til arbejdstidens placering

72. Hvad indledningsvis angår *arbejdstidens placering*[47], indeholder østrigsk ret ifølge den forelæggende rets oplysninger i AZG's § 19c, stk. 1, og § 19d, stk. 2, for såvel deltids- som fuldtidsansatte kun en kontraktretlig eller overenskomstmæssig aftale. De bestemmelser, som den forelæggende ret har anført, indeholder i intet tilfælde selvstændige bestemmelser om arbejdstidens placering, som i givet fald finder anvendelse subsidiært[48]. Da loven således er ens for deltids- og fuldtidsansatte, medfører den ingen mindre gunstig behandling af deltidsansatte.

47 — Med »arbejdstidens placering« beskrives, *hvornår* der arbejdes.

48 — Bestemmelserne om fuldtidsansattes eventuelle overskridelse af den normale arbejdstid giver navnlig ingen tilstrækkelige oplysninger om arbejdstidens placering; de vedrører snarere omfanget af denne arbejdstid.

b) Ingen mindre gunstig behandling med hensyn til arbejdstidens omfang

73. Der rejser sig dernæst det spørgsmål, om der foreligger en mindre gunstig behandling af deltidsansatte med hensyn til *arbejdstidens omfang*[49]. Østrigsk ret foreskriver i AZG's § 3 en normal arbejdstid på 40 timer om ugen og 8 timer pr. dag. Følger man det standpunkt, som den østrigske regering har givet udtryk for, er denne bestemmelse på ingen måde en specifik bestemmelse, som kun gælder for fuldtidsansatte. De nævnte lofter gælder derimod på samme måde for fuldtidsansatte som for deltidsansatte; hvis deltidsansatte arbejder uregelmæssigt, kan navnlig begrænsningen af den daglige arbejdstid have betydning for dem.

74. I modsætning til den østrigske regering synes den forelæggende ret og Nicole Wippel at antage, at den normale arbejdstid på 40 timer om ugen og 8 timer pr. dag, der er foreskrevet i AZG's § 3, udgør en specifik bestemmelse for fuldtidsansatte, mens der i østrigsk ret ikke findes en tilsvarende bestemmelse for deltidsansatte. Navnlig indeholder østrigsk ret ingen arbejdstidsbestemmelse — heller ikke en bestemmelse, som i givet fald finder anvendelse subsidiært — som f.eks. den, der findes i Tyskland i forbindelse med det særlige tilfælde med tilkaldearbejde[50].

75. Selv hvis man lægger sidstnævnte synspunkt til grund, rejser der sig dog det spørgsmål, om en sådan *forskelsbehandling* gennem lov kan anses for en *mindre gunstig behandling* af deltidsansatte. Svaret på dette spørgsmål bør udledes af rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde i dens helhed samt formålet hermed.

i) Målene om en passende social beskyttelse, fremme af beskæftigelsen og en mere fleksibel tilrettelæggelse af arbejdstiden

76. I henhold til artikel 136, stk. 1, EF har Fællesskabet og medlemsstaterne som mål bl.a. fremme af beskæftigelsen, en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene og en passende

49 — Med »arbejdstidens omfang« beskrives, *hvor meget* der arbejdes.

50 — § 12, stk. 1, i den tyske lov om deltidsarbejde og tidsbegrænsede arbejdskontrakter af 21.12.2000 (Teilzeit- und Befristungsgesetz, BGBl. I, s. 1966) har følgende ordlyd: »Arbejdsgivere og arbejdstagere kan aftale, at arbejdstageren skal arbejde i forhold til arbejdsmængden (tilkaldearbejde). I aftalen skal den ugentlige og daglige arbejdstid være fastsat til en bestemt længde. Såfremt længden af den ugentlige arbejdstid ikke er fastsat, anses en arbejdstid på 10 timer for at være aftalt. Såfremt længden af den daglige arbejdstid ikke er fastsat, skal arbejdsgiveren lade arbejdstageren arbejde i mindst tre sammenhængende timer.«

social beskyttelse. I punkt 7 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder opfordres der med henblik på en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene til en forbedring af arbejdstidens længde og tilrettelæggelse og anvendelse af »andre former for arbejde«, såsom deltidsarbejde, men også sæsonarbejde.

77. Hvad endelig angår rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde fremgår det af de generelle betragtninger til rammeaftalen, at den navnlig tager sigte på at forene arbejds- og familieliv, fremme beskæftigelsen, fremme af vækstens evne til at øge beskæftigelsen og opnå en mere fleksibel tilrettelæggelse af arbejdet [51]. Målet om en fleksibel tilrettelæggelse af arbejdstiden, der tager hensyn til behovene hos arbejdsgiverne og arbejdstagerne, er desuden anført i rammeaftalens § 1, litra b).

78. Sammenholdes disse mål, fremgår det, at der i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde foruden en passende social beskyttelse også skal lægges særlig vægt på fremme af beskæftigelsen, en mere fleksibel tilrettelæggelse af arbejdstiden samt behovene hos arbejdsgiverne og arbejdstagerne. Fleksibilitet og innovative muligheder for at udforme arbejdsforholdet skal forstås som et bidrag til at fremme beskæftigelsen og forbedre leve- og arbejdsvilkårene — ikke nødvendigvis som en hindring for disse mål.

ii) Ingen modstridende vurderinger i direktiv 93/104 og 91/533

79. Heller ikke af andre arbejdsretlige direktiver, som den forelæggende ret har henvist til, kan der udledes en modstridende vurdering fra fællesskabslovgiverens side.

80. Hvad for det første angår direktiv 93/104 foreskriver dets artikel 6, nr. 1, ganske vist, at »den ugentlige arbejdstid begrænses ved love eller administrative bestemmelser eller ved kollektive overenskomster eller aftaler mellem arbejdsmarkedets parter«. Som det imidlertid allerede fremgår af overskriften og indledningen til bestemmelsen, er formålet hermed kun at indføre et *loft* for arbejdstiden for at beskytte arbejdstagernes sikkerhed og sundhed [52].

51 — Punkt 4 og 5 i de generelle betragtninger til rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde; jf. tillige femte betragtning til direktiv 97/81.

52 — Denne vurdering bekræftes af femte og ottende betragtning til direktiv 93/104. Jf. desuden dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 12, 22, 29 og 45.

81. Hvad for det andet angår direktiv 91/533[53] bestemmer dette ganske vist, at arbejdstageren skal underrettes skriftligt om længden af sin normale arbejdsdag eller normale ugentlige arbejdstid[54]. Formålet med denne bestemmelse er imidlertid udelukkende at underrette arbejdstageren om eksisterende rettigheder og pligter, at gøre det lettere for den pågældende at bevise disse rettigheder og pligter samt generelt at gøre arbejdsmarkedet mere gennemsigtigt[55]. Direktiv 91/533 skal ikke forstås således, at det foruden denne oplysningspligt også har til formål at harmonisere nationale bestemmelser om arbejdskontrakter, f.eks. ved at foreskrive, at fast arbejdstid skal aftales på forhånd i forbindelse med alle former for ansættelsesforhold[56]. I et ansættelsesforhold uden fast arbejdstid skal det derimod være muligt at opfylde oplysningspligten på anden passende vis, f.eks. ved at arbejdsgiveren med jævne mellemrum forelægger arbejdstageren vagtplaner[57].

82. Følgelig er det hverken af direktiv 93/104 eller af direktiv 91/533 og heller ikke af punkt 9 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder muligt at drage den modsætningsslutning, at ansættelsesforhold, som er kendetegnet ved, at arbejdstiden ikke er regelmæssig, skal være forbudt.

iii) Ingen mindre gunstig behandling af deltidsansatte

83. På baggrund heraf kan det ikke på forhånd betragtes som mindre gunstig behandling af deltidsansatte i forhold til fuldtidsansatte, hvis der i loven ikke er fastsat konkrete bestemmelser — som i givet fald finder anvendelse subsidiært — om omfanget af deres arbejdstid, og der navnlig ikke er foreskrevet nogen minimumsarbejdstid for dem. For jo mere spillerum lovgiveren giver arbejdsgivere og arbejdstagere til at udforme ansættelsesforholdene fleksibelt, desto lettere er det at skabe arbejdspladser og i desto højere grad kan der tages hensyn til de specifikke behov hos visse grupper af personer.

84. Således giver arbejde efter behov, hvor der navnlig tages hensyn til de berørtes ønsker med hensyn til arbejdsopgaverne, også arbejdstageren størst mulig frihed. Det er derfor navnlig velegnet for arbejdstagere, som kun kan eller vil arbejde på uregelmæssige tidspunkter og i varierende omfang

53 — Rådets direktiv 91/533/EØF af 14.10.1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet, EFT L 288, s. 32.

54 — Artikel 2, stk. 2, litra i), sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 91/533.

55 — Jf. tillige anden betragtning til direktiv 91/533.

56 — F.eks. viser ottende betragtning til direktiv 91/533 samt artikel 1, stk. 2, litra b), heri (»lejlighedsvist arbejde«), at fællesskabslovgiveren ikke tilstræbte en rigid bestemmelse, der udelukker enhver fleksibilitet.

57 — Dette gav den østrigske regering også udtryk for i sit mundtlige indlæg.

eller kun er på udkig efter en supplerende indtægt. Dette gælder f.eks. for personer, som hovedsagelig ønsker at passe egne børn eller pårørende med behov for pleje, men også for skoleelever og studerende. Ifølge den forelæggende ret ønskede Nicole Wippel i øvrigt også at »finde midlertidigt arbejde og spare penge op«.

85. For arbejdstagere, som i et vist omfang er afhængige af en regelmæssig indtægt, eller som lægger vægt på, at arbejdstiden kan forudses, kan det ganske vist være hensigtsmæssigt, hvis arbejdstiden fastsættes ved lov i en bestemmelse, som finder anvendelse subsidiært og er i overensstemmelse med målet om social beskyttelse, princippet om rimelig løn [58] samt bestræbelsen på at forbedre leve- og arbejdsvilkårene. En sådan bestemmelse kan imidlertid samtidig mindske incitamentet til at skabe nye arbejdspladser gennem innovative kontraktformer og således i det mindste gøre det vanskeligere at få et arbejde for personer, som ikke kan eller vil arbejde regelmæssigt og ikke altid i det samme omfang. En lovbestemt fastsættelse af arbejdstiden for deltidsansatte er således ikke altid en fordel, og det forhold, at en sådan ikke foreligger, er ikke nødvendigvis en ulempe for de pågældende.

58 — Jf. punkt 5 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder.

86. Forskellene i styrkeforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager i et arbejdsforhold og navnlig et eventuelt misbrug fra arbejdsgiverens side af kontraktformer uden fast arbejdstid kan tages i betragtning i hvert enkelt tilfælde i forbindelse med den konkrete anvendelse af forbuddet mod forskelsbehandling [59]. Rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde gør det ikke obligatorisk, at arbejdsgiverens og arbejdstagerens muligheder for selv at aftale arbejdstiden begrænses allerede på lovgivningsniveauet.

87. Medlemsstaterne har ganske vist mulighed for inden for rammerne af de fastlagte mål at gå videre end det fællesskabsretlige beskyttelsesniveau og fastsætte strengere lovbestemmelser til beskyttelse af deltidsansatte, f.eks. bestemmelser om minimumsarbejdstid [60]. Der er imidlertid ingen fællesskabsretlig forpligtelse til at indføre mere vidtgående bestemmelser. De fællesskabsretlige bestemmelser om deltidsarbejde indeholder nemlig udelukkende minimumskrav [61].

59 — Jf. bemærkningerne nedenfor vedrørende det tredje spørgsmål, navnlig punkt 108-112.

60 — I f.eks. Belgien foreskrives en minimumsarbejdstid for deltidsansatte, som udgør en tredjedel af arbejdstiden for en sammenlignelig fuldtidsansat (artikel 11a i lov af 3.7.1978 om arbejdskontrakter, *Moniteur belge* af 22.8.1978). I Tyskland findes der for det særlige tilfælde med tilkaldearbejde en lovbestemmelse, som finder anvendelse subsidiært, jf. fodnote 50 ovenfor. I andre medlemsstater kan kollektive overenskomster indeholde bestemmelser om en minimumsarbejdstid.

61 — Jf. artikel 137, stk. 2, første afsnit, litra b), EF (denne bestemmelse træder i stedet for artikel 2, stk. 2, første afsnit, i den aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken af 7.2.1992, der blev undertegnet i Maastricht), 11. betragtning til direktiv 97/81 samt § 6, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde.

c) Foreløbig konklusion

88. En lovgivning som den østrigske AZG, der ikke indeholder en bestemmelse — som i givet fald finder anvendelse subsidiært — om arbejdstidens omfang og placering for deltidsansatte, udgør ingen forbudt forskelsbehandling i forhold til fuldtidsansatte i den i § 4, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde omhandlede forstand.

2. Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn

89. Det står tilbage at undersøge, om det forhold, at østrigsk ret ikke indeholder en lovbestemmelse — som i givet fald finder anvendelse subsidiært — om arbejdstidens omfang og placering for deltidsansatte, medfører en forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 omhandlede forstand.

90. Følger man den forelæggende rets opfattelse [62], behandles fuldtids- og deltidsansatte forskelligt i østrigsk ret. Med en normal arbejdstid på 40 timer om ugen og 8 timer pr. dag indeholder AZG's § 3 en specifik bestemmelse for fuldtidsansatte, mens der ikke findes nogen bestemmelse — som i givet fald finder anvendelse subsidiært — om arbejdstiden for deltidsansatte.

91. AZG er ganske vist formuleret kønsneutralt i denne henseende. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at også en national bestemmelse eller ordning fører til en indirekte forskelsbehandling, såfremt den, selv om den er affattet neutralt, faktisk forfordeler procentvis betydelig flere personer af det ene køn, medmindre denne forskellige behandling er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [63].

92. Ifølge den forelæggende rets oplysninger er 60% af de fuldtidsansatte i Østrig mænd og 40% kvinder, mens 90% af de deltidsansatte er kvinder og kun 10% er mænd. Det forhold, at der ikke findes en bestemmelse — som i givet fald finder anvendelse subsidiært

62 — Med hensyn til den forelæggende rets opfattelse, jf. punkt 74 i dette forslag til afgørelse; med hensyn til den modsatte opfattelse, som er fremført af den østrigske regering, jf. punkt 73 i dette forslag til afgørelse.

63 — Dom af 26.9.2000, sag C-322/98, Kachelmann, Sml. I, s. 7505, præmis 23, og af 6.4.2000, sag C-226/98, Jørgensen, Sml. I, s. 2447, præmis 29; jf. endvidere dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka Kaufhaus, Sml. s. 1607, præmis 29-31, og af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 12, Steinicke-dommen, nævnt i fodnote 28, præmis 57, samt dom af 20.3.2003, sag C-187/00, Kutz-Bauer, Sml. I, s. 2741, præmis 50. Forbuddet mod indirekte forskelsbehandling med hensyn til arbejdsvilkår følger i øvrigt også af artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207.

— om arbejdstiden for deltidsansatte indvirker derfor i betydeligt højere grad på kvinder end på mænd.

93. Som Kommissionen med rette har anført, kan fuldtidsansatte og deltidsansatte imidlertid overhovedet ikke sammenlignes på det i denne henseende afgørende punkt. Hvad nemlig angår arbejdstidens omfang, kan fuldtidsarbejde i Østrig overhovedet ikke omfattes af en individuel kontraktbestemmelse: Antallet af arbejdstimer er fastsat med den lovbestemte normale arbejdstid i henhold til AZG's § 3 (eller en mere fordelagtig overenskomstaftale). Deltidsarbejde forudsætter derimod en kontraktretlig aftale om arbejdstiden, hvad enten det er i form af et fast antal regelmæssige timer, eller i form af et variabelt antal timer på grundlag af princippet om arbejde efter behov.

94. Selv hvis man imidlertid — i modsætning til den opfattelse, der er gjort gældende ovenfor — anser fuldtids- og deltidsansatte for at være sammenlignelige på det punkt, der er relevant i denne henseende, vil objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, kunne begrunde, at der ikke fastsættes en konkret lovbestemmelse om arbejdstiden for deltidsansatte. Bestræbelsen på at opnå fleksible arbejdsvilkår har nemlig til formål at fremme beskæftigelsen og dermed i sidste instans også at forbedre leve- og arbejdsvilkårene. Som nævnt er det forhold, at der ikke findes en lovbestemmelse for deltidsansatte, desuden ikke nødvendigvis en ulempe[64].

95. Sammenfattende gælder derfor følgende: En lovgivning som den østrigske AZG, der ikke indeholder en bestemmelse — som i givet fald finder anvendelse subsidiært — om arbejdstidens omfang og placering for deltidsansatte, udgør ikke en forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 omhandlede forstand.

F — *Tredje spørgsmål: forskelsbehandling i arbejdsaftalen*

96. Den forelæggende rets tredje spørgsmål vedrører den konkrete udformning af arbejdsforholdet i hovedsagen. Den ønsker nærmere bestemt oplyst, om der i forhold til fællesskabsretten foreligger en forbudt forskelsbehandling, når en aftale som den af P&C anvendte rammearbejdsaftale om arbejde efter behov ikke indeholder på forhånd aftalt, fast arbejdstid.

64 — Jf. punkt 83-85 i dette forslag til afgørelse.

97. I denne forbindelse er der igen tale om dels det (kønsneutrale) forbud mod forskelsbehandling mellem deltids- og fuldtidsansatte, dels forbuddet mod (indirekte) forskelsbehandling på grundlag af køn.

1. Forbuddet mod forskelsbehandling af deltidsansatte

98. Ved første øjekast er den af P&C anvendte model med arbejde efter behov ikke ubetinget i overensstemmelse med de traditionelle forestillinger om deltidsarbejde. Begrebet deltidsansatte i den i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde omhandlede forstand er imidlertid særdeles vidt. I § 3, stk. 1, i denne rammeaftale defineres en deltidsansat således som en ansat, hvis normale arbejdstid, beregnet på en ugentlig basis eller i gennemsnit over en ansættelsesperiode på op til et år, er lavere end den normale arbejdstid for en sammenlignelig fuldtidsansat. Det fremgår af sagens akter, at dette var tilfældet i forbindelse med Nicole Wippel. En arbejdstager som Nicole Wippel er derfor deltidsansat i den i rammeaftalen omhandlede forstand og er omfattet af dennes beskyttelsesområde.

99. I henhold til denne rammeaftales § 4, stk. 1, må deltidsansatte, hvad angår ansættelsesvilkår, ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold.

100. Den rammearbejdsaftale, der var indgået mellem Nicole Wippel og P&C, indeholdt ingen fast arbejdstid, og varigheden og placeringen af arbejdstiden skulle aftales fra gang til gang mellem parterne i overensstemmelse med en aftale om arbejde efter behov.

101. En sådan kontraktform adskiller sig ganske vist grundlæggende fra den normale arbejdstid på 38,5 timer om ugen, der gælder for sammenlignelige fuldtidsansatte, og som er fastsat på forhånd ved kollektiv overenskomst[65]. Det står imidlertid tilbage at undersøge, om en sådan *forskelsbehandling* også udgør en *mindre gunstig behandling* af deltidsansatte.

a) Sammenfatning af de fremførte argumenter

102. Den forelæggende ret, Nicole Wippel og den østrigske regering har i det væsentlige

65 — I forelæggelseskendelsen henvises i denne henseende til den kollektive overenskomst for handelsansatte i Østrig. Det tilkommer den forelæggende ret at sikre sig i henhold til § 3, stk. 2, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, at denne overenskomst finder anvendelse på de sammenlignelige fuldtidsansatte hos P&C.

anført, at arbejde efter behov uden på forhånd aftalt arbejdstid medfører, at den økonomiske risiko skubbes fra arbejdsgiveren over på arbejdstageren, at der opstår en varig forhandlingssituation mellem de to parter, og at arbejdstidens omfang og placering overlades fuldstændig til arbejdsgiverens skøn.

103. I sit skriftlige og mundtlige indlæg har Nicole Wippel også henvist til de mulige sociale konsekvenser af den valgte kontraktform: Såfremt en behovsansat ikke benyttes gennem længere tid, kan dette anvendes som middel til at lade ferieløn, sygeløn eller fortsat lønudbetaling ved graviditet samt den godtgørelse, der skal udbetales ved arbejdsforholdets ophør (såkaldt »fratrædelsesgodtgørelse«), nulstille. Såfremt der overhovedet ikke tilfalder arbejdstageren nogen løn i lønperioden, skal den pågældende desuden udmeldes af den lokale sygekasse (Gebietskrankenkasse). Kontraktformen arbejde efter behov giver endvidere arbejdsgiveren mulighed for at omgå den lovbestemte beskyttelse mod afskedigelse.

104. P&C har heroverfor anført, at modellen med arbejde efter behov er særdeles populær blandt medarbejderne og også støttes udtrykkeligt af arbejdstagerrepræsentanterne (samarbejdsudvalget). Det tidsmæssige omfang af arbejdet aftales i hvert enkelt tilfælde alt efter den forventede omsætning eller arbejdsbehov på den ene side og arbejdstagernes ønsker på den anden side. Sagsøgeren er blevet gjort udtrykkeligt opmærksom på fordele og ulemper ved en sådan ordning. Det er også udtrykkeligt anført, at rammeaftalen ikke sikrer sagsøgeren en fast indtægt, og at det står hende frit for i hvert enkelt tilfælde at afslå at arbejde, uden at der er ulemper forbundet hermed for hende. Sagsøgeren har heller ikke på noget tidspunkt skullet stå til rådighed. Den arbejdskraft, der bliver ansat på grundlag af virksomhedens behov, har krav på 30 betalte feriedage om året, overenskomstmæssige tillægsbetalinger samt lovbestemt fratrædelsesgodtgørelse og sygeløn. De pågældende er endvidere omfattet af den sociale sikringsordning. Der er ikke tale om, at arbejdsgiverens risiko lægges på arbejdstageren i strid med god moral.

b) Fortolkning af forbuddet mod forskelsbehandling

105. Forbuddet mod mindre gunstig behandling af deltidsansatte i henhold til § 4, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde skal fortolkes og anvendes på baggrund af denne bestemmelse i dens helhed samt formålet hermed [66].

66 — Jf. i denne henseende punkt 76-78 i dette forslag til afgørelse.

i) Ingen generel forskelsbehandling af deltidsansatte

106. En kontraktform uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid kan ganske vist være til ulempe for arbejdstagere, som er afhængige af en regelmæssig indtægt, eller som lægger vægt på, at arbejdstiden kan forudses. Samme kontraktform kan imidlertid også være til fordel for arbejdstagere, som kun kan eller vil arbejde på uregelmæssige tidspunkter og i varierende omfang eller kun er på udkig efter en supplerende indtægt[67]. Den positive holdning, som P&C's samarbejdsudvalg som valgt arbejdstagerrepræsentation har til modellen med arbejde efter behov, kan betragtes som et yderligere indicium for, at en sådan kontraktform ikke ensidigt er til fordel for arbejdsgiveren og til ulempe for arbejdstageren.

107. På baggrund heraf kan en kontraktform uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid ikke generelt anses for at være til ulempe for deltidsansatte. Dette ville nemlig være i strid med de mål om en fleksibel tilrettelæggelse af arbejdstiden og fremme af beskæftigelsen, som ligger til grund for rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, og man ville ikke i tilstrækkelig grad tage hensyn til visse arbejdstageres interesser[68].

ii) Passende social beskyttelse og forbud mod misbrug

108. Ved fortolkningen og anvendelsen af forbuddet mod forskelsbehandling i hvert enkelt tilfælde må målet om en passende social beskyttelse[69] imidlertid ikke overses, og der skal navnlig tages passende hensyn til arbejdstagernes interesser.

109. For det første kræver dette mål, at arbejdsgiveren ved ansættelsen af en arbejdstager sikrer sig, om denne har tilstrækkeligt kendskab til fordelene og ulemperne ved en kontraktform uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid, og om dette er i overensstemmelse med den pågældendes interesser. Om nødvendigt skal arbejdsgiveren på passende vis oplyse arbejdstageren herom. I den foreliggende sag er det ubestridt, at Nicole Wippel inden ansættelsen blev gjort udtrykkeligt opmærksom på dette, og at hun selv har anført, at hun ikke var afhængig af en

67 — Jf. punkt 84 i dette forslag til afgørelse og de deri nævnte eksempler.

68 — Med henblik på eksempler, jf. punkt 84 i dette forslag til afgørelse.

69 — Artikel 136, stk. 1, EF og punkt 10 i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder.

regelmæssig indtægt. Helt generelt har P&C ifølge egne oplysninger — som ikke er blevet bestridt — udelukkende anvendt modellen med arbejde efter behov over for medarbejdere, som ikke var afhængige af en regelmæssig indtægt.

110. For det andet kan der af målet om en passende social beskyttelse også udledes et forbud mod misbrug, som gælder i hele arbejdsforholdets varighed. Såfremt arbejdsgiveren inden for rammerne af en model med arbejde efter behov — gennem misbrug — ikke tilbyder en arbejdstager arbejde, kan dette nemlig have de sociale konsekvenser, som Nicole Wippel har beskrevet, f.eks. med hensyn til eksistensen eller beregningen af visse krav i tilknytning til arbejdsforholdet, såsom ferieløn, sygeløn, fortsat lønudbetaling ved graviditet eller social sikring. Et sådant misbrug foreligger nemlig, såfremt — uden saglig grund — visse arbejdstagere tilbydes arbejde, mens andre, mod deres vilje, ikke tilbydes noget arbejde eller kun i meget mindre udstrækning.

111. Det kan imidlertid ikke sluttes af den rent abstrakte risiko for et misbrug fra arbejdsgiverens side, at en kontraktform uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid *generelt* er til ulempe for deltidsansatte. Såfremt en arbejdsgiver — gennem misbrug — undlader at tilbyde arbejde i det enkelte tilfælde, vil dette nemlig skulle vurderes på samme måde som ethvert andet misbrug fra arbejdsgiverens side i løbet af et arbejdsforhold og vil kunne omfattes af de sanktioner, der er fastsat hertil i den pågældende nationale arbejdsret[70]. Medlemsstaterne og deres domstole har derfor fortsat et vidt skøn i denne henseende i henhold til rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde. Alt efter den nationale rets udformning kan misbrug medføre f.eks. erstatnings-, undladelses- eller øvrige krav fra arbejdstagerens side.

112. Det tilkommer den forelæggende ret at sikre sig, at der i den konkrete sag, der er forelagt den, ikke var tale om et sådant misbrug; i sagen for Domstolen har Nicole Wippel under alle omstændigheder ikke anført, at dette skulle være tilfældet.

c) Foreløbig konklusion

113. Af ovennævnte grunde foreligger der ikke en forbudt forskelsbehandling af deltidsansatte i den i § 4, stk. 1, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde omhandlede forstand, når en rammearbejdsaftale ikke indeholder på forhånd aftalt, fast arbejdstid,

70 — Jf. § 6, stk. 5, i rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, som med hensyn til forebyggelse og behandling af tvister og klager henviser til national ret, kollektive overenskomster og gældende praksis.

medmindre arbejdstageren ikke havde tilstrækkeligt kendskab til fordelene og ulemperne ved denne kontraktform, eller arbejdsgiveren efterfølgende — gennem misbrug — undlader at tilbyde arbejdstageren arbejde.

a) Ingen ugunstig behandling af kvinder

116. For at kunne antage, at der foreligger en ugunstig behandling af kvinder på grundlag af køn, er det ikke tilstrækkeligt blot at konstatere, at andelen af kvinder — isoleret betragtet — i en helt bestemt gruppe, f.eks. gruppen af arbejdstagere, der er ansat på grundlag af virksomhedens behov, er betydeligt højere end andelen af mænd. Begrebet ugunstig behandling kræver derimod, at der foretages en sammenligning med andre grupper af ansatte i samme virksomhed.

2. Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn

114. Det står tilbage at undersøge, om den af P&C anvendte model med arbejde efter behov uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid medfører en forskelsbehandling på grundlag af køn i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 omhandlede forstand.

115. Denne arbejdsmodel er ganske vist udformet kønsneutralt; arbejde efter behov står åben for arbejdstagere af begge køn. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at også en bestemmelse eller ordning fører til en indirekte forskelsbehandling, såfremt den, selv om den er affattet neutralt, faktisk forfordeler procentvis betydelig flere personer af det ene køn, medmindre denne forskellige behandling er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [71].

117. I sit skriftlige indlæg har P&C anført — uden at det er blevet bestridt — at 84,84% af de behovsansatte i virksomheden er kvinder, mens andelen af kvinder blandt de fuldtids- og deltidsansatte med *fast* arbejdstid udgør 75,82%. Som svar på et spørgsmål herom under den mundtlige forhandling anførte P&C desuden, at andelen af kvindelige arbejdstagere blandt de fuldtidsansatte — isoleret betragtet — udgør ca. 65%, mens andelen blandt de deltidsansatte — både deltidsansatte med fast arbejdstid og behovsansatte — udgør ca. 85% [72].

71 — Jf. punkt 91 i dette forslag til afgørelse og den retspraksis, der er nævnt i fodnote 63.

72 — Ifølge P&C vedrører de sidstnævnte tal på 65% og 85% alle P&C's virksomheder i Tyskland og Østrig.

118. Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om sådanne statistiske oplysninger kan tillægges gyldighed [73]. Domstolen, hvis opgave det er at give den nationale ret fyldestgørende svar, er dog kompetent til at vejlede den nationale ret på den sådan måde, at denne kan træffe sin afgørelse.

119. Andelen af kvinder blandt behovsansatte og blandt deltidsansatte med fast arbejdstid adskiller sig praktisk talt ikke og ligger på ca. 84-85%. En sammenligning mellem de deltidsansatte, der er ansat på grundlag af virksomhedens behov, og de fuldtids- og deltidsansatte med fast arbejdstid viser, at andelen af kvindelige arbejdstagere blandt de behovsansatte er ca. ti procentpoint højere (84,84% i forhold til 75,82%). En sammenligning mellem alle deltidsansatte og de fuldtidsansatte giver følgende resultat: Selv om langt den overvejende del af de fuldtidsansatte er kvinder, ligger denne andel — med ca. 65% — ca. 20 procentpoint lavere end andelen af kvinder blandt de deltidsansatte.

120. Disse tal viser, at andelen af kvindelige arbejdstagere hos P&C gennemgående er høj. Enhver kontraktform, som P&C vælger (fuldtidsarbejde, deltidsarbejde med fast arbejdstid eller arbejde efter behov), indvirker derfor særlig stærkt på kvinder.

121. Da der i den foreliggende sag navnlig sættes spørgsmålstegn ved det forhold, at der ikke på forhånd er aftalt fast arbejdstid, er sammenligningen mellem arbejdstagere *med fast arbejdstid* (uanset om der er tale om deltids- eller fuldtidsansatte) og arbejdstagere *uden fast arbejdstid* af særlig betydning. Forskellen i andelen af kvinder i disse to grupper udgør kun ca. ti procentpoint. I Seymour-Smith og Perez-dommen anså Domstolen en sådan forskel for at være ubetydelig [74]. På baggrund af ovenstående er jeg af den opfattelse, at der ikke kan være tale om forskelsbehandling på grundlag af køn, når der er fastsat fast arbejdstid for fuldtidsansatte og visse deltidsansatte hos P&C, men ikke for behovsansatte.

122. Generelt gælder: Hvis en kontraktform uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid ikke indvirker i betydeligt højere grad på arbejdstagere af et køn end andre kontraktformer, foreligger der ikke en forbudt forskelsbe-

73 — Dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 62.

74 — Dom nævnt i fodnote 73, præmis 63 og 64.

handling på grundlag af køn i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 omhandlede forstand.

b) Subsidiært: begrundelse

123. Selv hvis den forelæggende ret imidlertid skulle nå til den konklusion, at kontraktformen arbejde efter behov i P&C's virksomhed indvirker på kvinder i betydeligt højere grad end andre kontraktformer og dermed medfører en forskelsbehandling på grundlag af køn, vil det fortsat skulle undersøges, om denne forskelsbehandling er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

124. Som nævnt ovenfor kan den omhandlede model med arbejde efter behov ikke generelt anses for at være til ulempe for de pågældende [75]. Derimod kan objektive faktorer tale for en fleksibel kontraktform, navnlig arbejdstagerens eget ønske om at arbejde på uregelmæssige tidspunkter og i varierende omfang. I et sådant tilfælde har det forhold, at der ikke på forhånd er aftalt fast arbejdstid, intet at gøre med (indirekte) forskelsbehandling på grundlag af køn.

125. De faktiske omstændigheder vil imidlertid skulle vurderes anderledes, hvis arbejdstagere af det ene køn i betydeligt højere grad påvirkes af kontraktformen arbejde efter behov end af andre kontraktformer og ikke oplyses tilstrækkeligt om fordelene og ulemperne ved ansættelsen. Navnlig i sådanne tilfælde er der en betydelig risiko for, at de aftalte ansættelsesvilkår ved en objektiv betragtning ikke er i overensstemmelse med de pågældendes interesser og derfor vil tilsidesætte forbuddet mod forskelsbehandling. Det samme ville være tilfældet, såfremt disse arbejdstagere — gennem misbrug — ikke tilbydes arbejde i løbet af det videre arbejdsforhold [76].

G — *Det fjerde spørgsmål: godtgørelse for en eventuel forskelsbehandling*

126. Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvordan en eventuel forskelsbehandling skal kompenseres økonomisk.

127. Besvares det andet og det tredje spørgsmål som foreslået ovenfor, er det ikke nødvendigt at besvare det fjerde spørgsmål.

75 — Punkt 106 og 107 i dette forslag til afgørelse.

76 — Punkt 109 og 110 i dette forslag til afgørelse.

VI — Forslag til afgørelse

128. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Oberster Gerichtshof på følgende måde:

»1) Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, som blev vedtaget på Det Europæiske Råds møde den 9. december 1989 i Strasbourg, er ikke retligt bindende. Den skal dog tages i betragtning som fortolkningsbidrag i forbindelse med fællesskabsretlige bestemmelser.

2) Inden for rammerne af artikel 141 EF, Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, 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 og fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder omfatter arbejdstagerbegrebet under alle omstændigheder enhver person, der præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, medmindre der i forbindelse med disse ydelser ikke er tale om en faktisk og reel beskæftigelse, eller om beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement. I den henseende er det ikke afgørende, om der på forhånd er fastsat en fast arbejdstid.

Arbejdstagerbegrebet som omhandlet i § 2, stk. 1, i bilaget til Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde,

der er indgået af Unice, CEEP og EFS, skal bestemmes på grundlag af den lovgivning, de kollektive overenskomster og den praksis, der gælder i den enkelte medlemsstat.

3) En lovgivning som den østrigske Arbeitszeitgesetz, der ikke indeholder en bestemmelse — som i givet fald finder anvendelse subsidiært — om arbejdstidens omfang og placering for deltidsansatte, udgør hverken en forbudt forskelsbehandling af deltidsansatte i den i § 4, stk. 1, i bilaget til direktiv 97/81 omhandlede forstand, eller en forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 omhandlede forstand.

4) Indeholder en rammearbejdsaftale ingen på forhånd aftalt, fast arbejdstid, foreligger der ikke en forbudt forskelsbehandling af deltidsansatte i den i § 4, stk. 1, i bilaget til direktiv 97/81 omhandlede forstand, medmindre arbejdstageren ikke havde tilstrækkeligt kendskab til fordelene og ulemperne ved denne kontraktform, eller arbejdsgiveren efterfølgende — gennem misbrug — undlader at tilbyde arbejdstageren arbejde.

Hvis en kontraktform uden på forhånd aftalt, fast arbejdstid ikke indvirker i betydeligt højere grad på arbejdstagere af et køn end andre kontraktformer, foreligger der ikke en forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn i den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 omhandlede forstand.«