FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
föredraget den 18 maj 2004 [1]

I — Inledning

1. Förevarande mål rör begreppet behovsanställning. Frågan gäller huvudsakligen om en anställningsform där fast arbetstid inte har avtalats på förhand strider mot det gemenskapsrättsliga diskrimineringsförbudet.

2. Oberster Gerichtshof (Österrike) (nedan kallad den nationella domstolen) har mot denna bakgrund i sitt beslut om hänskjutande ställt flera frågor om tolkningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om socialpolitik, särskilt avseende förbudet mot diskriminering av deltidsanställda gentemot heltidsanställda och avseende förbudet mot diskriminering på grund av kön.

1 — Originalspråk: tyska.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

3. Enligt artikel 141.1 EG gäller följande:

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

4. Artikel 1.1 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 [2] (nedan kallat direktiv 75/117) har följande lydelse:

"Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härefter 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."

5. I artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor [3] (nedan kallat direktiv 76/207), i den lydelse som är tillämplig i detta mål, föreskrivs följande:

"Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön." [4]

6. I artikel 2.1 i rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS [5] (nedan kallat direktiv 97/81) föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 20 januari 2000 eller skall senast vid den tidpunkten försäkra sig om att arbetsmarknadens parter genom avtal vidtar alla nödvändiga åtgärder, eftersom medlemsstaterna är skyldiga att vidta alla nödvändiga åtgärder för att när som helst kunna garantera de resultat som åläggs genom detta direktiv. ..."

7. I artikel 3 i direktiv 97/81 föreskrivs följande:

"Detta direktiv träder i kraft på dagen för dess offentliggörande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*." [6]

2 — EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78.

3 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191.

4 — Artikel 5.1 i direktiv 76/207 har under tiden ersatts av den ändrade artikel 3.1 c i samma direktiv. Enligt artikel 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207 (EGT L 269, s. 15; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191) trädde den nya lydelsen i kraft den 5 oktober 2002. Införlivandefristen för ändringarna utlöper först den 5 oktober 2005.

5 — EGT L 14, 1998, s. 9 (rättelse i EGT L 128, 1998, s. 71).

6 — Direktivet offentliggjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning den 20 januari 1998.

8. Enligt klausul 1 är syftet med ramavtalet om deltidsarbete, som återfinns i bilagan till direktiv 97/81

"a) att säkerställa att all diskriminering av deltidsarbetande upphör och att förbättra kvaliteten på deltidsarbetet, och

b) att underlätta utvecklingen av deltidsarbete på frivillig grund och att bidra till en flexibel organisering av arbetstiden på ett sätt som tar hänsyn till både arbetsgivarnas och arbetstagarnas behov."

9. I klausul 2 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete föreskrivs följande:

"Detta avtal gäller deltidsarbetande som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som regleras av lag, kollektivavtal eller praxis i varje medlemsstat."

10. I klausul 3 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete definieras en deltidsarbetande som en anställd vars normala arbetstid, beräknad på veckobasis eller som ett genomsnitt över en period på upp till ett år, understiger den normala arbetstiden för en jämförbar heltidsarbetande.

11. I klausul 4 i ramavtalet om deltidsarbete anges bland annat följande:

"1. När det gäller anställningsvillkoren får deltidsarbetande inte behandlas mindre förmånligt än jämförbara heltidsarbetande enbart på den grunden att de arbetar deltid, om det inte finns objektiva skäl för den annorlunda behandlingen.

2. När det är lämpligt skall principen om tidsproportionalitet tillämpas.

..."

12. I klausul 6 i ramavtalet om deltidsarbete föreskrivs bland annat följande:

"1. Medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter kan behålla eller införa bestämmelser som är förmånligare än de som föreskrivs i detta avtal.

...

4. Detta avtal skall inte påverka tillämpningen av mer specifika gemenskapsbestämmelser, och särskilt inte gemenskapsbestämmelser som rör lika behandling eller lika möjligheter för kvinnor och män.

5. Tvister och klagomål till följd av tillämpningen av detta avtal skall förebyggas och behandlas i enlighet med nationell lag, nationella kollektivavtal och nationell praxis."

13. Utöver ovannämnda bestämmelser skall det även hänvisas till gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter,[7] som antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989, och som i utdrag har följande lydelse:

"5. För allt arbete skall en rättvis lön utgå enligt den ordning som gäller i varje land.

Därför bör

— arbetstagare garanteras en rättvis lön, det vill säga en lön som är tillräcklig för att erbjuda dem en godtagbar levnadsstandard,

— arbetstagare med annan anställningsform än tillsvidareanställning heltid erhålla en rättvis lön i den ordning som gäller i varje land.

...

7. Förverkligandet av den inre marknaden måste leda till att levnads- och arbetsvillkoren för arbetstagarna inom Europeiska gemenskapen förbättras. Detta skall ske genom en tillnärmning av dessa villkor samtidigt som de förbättras, i synnerhet vad gäller arbetstid och arbetstidens förläggning samt andra arbetsformer än tillsvidareanställning, såsom visstidsanställning, deltidsarbete, tillfällig anställning och säsongsarbete.

...

9. Anställningsvillkoren för varje arbetstagare i Europeiska gemenskapen skall anges i

7 — Återgiven i kommissionens dokument KOM(89) 471 av den 2 oktober 1989.

lag, kollektivavtal eller anställningsavtal enligt den ordning som gäller i varje land.

...

10. Enligt den ordning som gäller i varje land skall

— varje arbetare i Europeiska gemenskapen ha rätt till skälig social trygghet och skall oavsett ställning eller företagsstorlek där han är anställd åtnjuta skäliga förmåner inom systemen för social trygghet. ..."

B — *De nationella bestämmelserna*

14. I österrikisk lagstiftning är särskilt bestämmelserna i Gleichbehandlungsgesetz (lagen om likabehandling) (nedan kallad GlBG) och bestämmelserna i Arbeitszeitgesetz (arbetstidslagen) av den 6 juni 1994[8] (nedan kallad AZG) av betydelse.

8 — BGBl. 1994 I, s. 1170.

15. I 2 § första stycket GlBG anges särskilt att det inte får förekomma någon diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, vid anställning eller vid fastställande av lön och andra arbetsvillkor. Vid lönediskriminering har arbetstagaren rätt att kräva att arbetsgivaren betalar skillnaden (2 § a andra stycket GlBG).

16. Enligt 3 § AZG är den ordinarie arbetstiden i allmänhet 40 timmar i veckan eller åtta timmar per dag.

17. Beträffande den ordinarie arbetstidens förläggning föreskrivs i 19 § c AZG följande:

"(1) Den ordinarie arbetstidens förläggning och ändringar i denna skall avtalas om den inte anges i kollektivavtal.

(2) Arbetsgivaren kan utan hinder av första stycket ändra den ordinarie arbetstidens förläggning om

1. detta är berättigat av sakliga skäl som har samband med arbetsprestationens art,

2. den ordinarie arbetstiden för den berörda veckan meddelas arbetstagaren minst två veckor i förväg,

en kortare ordinarie arbetstid som fastställts i kollektivavtal.

3. denna indelning inte strider mot arbetstagarens beaktansvärda intressen, och om

(2) Arbetstidens omfattning och förläggning samt dess ändring skall avtalas om den inte regleras i kollektivavtal. 19 § c andra och tredje stycket skall tillämpas.

4. detta inte står i strid med något avtal.

...

(3) Det är möjligt att göra undantag från andra stycket nr 2 om detta är nödvändigt för att förhindra en oproportionerlig ekonomisk nackdel i oförutsedda situationer och andra åtgärder inte kan krävas. Regler som avviker från andra stycket nr 2 kan antas genom kollektivavtal om yrkesspecifika krav föreligger."

(6) Deltidsanställda arbetstagare får inte missgynnas i förhållande till heltidsanställda arbetstagare på grund av deltidsarbete, om det inte finns objektiva skäl för en annorlunda behandling. ... Vid tvist ankommer det på arbetsgivaren att bevisa att det inte har förekommit något missgynnande på grund av deltidsarbete."

18. 19 § d AZG har i utdrag följande lydelse:

19. Av beslutet om hänskjutande framgår vidare att den ordinarie arbetstiden för handelsanställda i Österrike har fastställts till 38,5 timmar per vecka i kollektivavtal och att kollektivavtalet även innehåller bestämmelser om beräkning över längre perioder.

"(1) Deltidsarbete föreligger då den avtalade veckoarbetstiden i genomsnitt är kortare än den lagstadgade ordinarie arbetstiden eller

III — Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

20. Under tiden från oktober 1998 till juni 2000 var Nicole Wippel, som är klagande i målet vid den nationella domstolen, anställd hos Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG (nedan kallat P&C), som är ett företag inom klädesbranschen och svarande i målet vid den nationella domstolen. Anställningsförhållandet var baserat på ett ramanställningsavtal, som grundade sig på anställningsformen behovsanställning.

21. I detta ramanställningsavtal angavs inga fasta arbetstider, utan arbetstidens längd och förläggning skulle avtalas mellan parterna från fall till fall. P&C behövde endast erbjuda Nicole Wippel arbete då arbetsbehov fanns och Nicole Wippel hade rätt att acceptera eller avvisa erbjudet arbete, utan att behöva ange några skäl. I praktiken upprättade P&C:s försäljningsdirektör en omsättnings- och bemanningsplan i början av varje vecka för den följande veckan. Varje anställd kunde skriva ner på en lista när han eller hon inte ville arbeta under den följande veckan. P&C fastställde arbetsinsatserna i överensstämmelse med de anställdas önskemål. Av handlingarna i målet framgår för övrigt att Nicole Wippel flera gånger angett att hon inte kunde eller inte ville arbeta vissa dagar.

22. I ramanställningsavtalet angavs även att Nicole Wippel inte garanterades någon fast lön, eftersom båda parter uttryckligen hade avstått från att bestämma en viss anställningsomfattning. P&C upplyste endast klaganden om att hon skulle kunna arbeta cirka tre dagar i veckan och två lördagar i månaden. Klagandens lön uppgick till 6,54 euro per timme inklusive eventuell försäljningsprovision.

23. Nicole Wippel arbetade i själva verket oregelbundet under sin anställningstid från oktober 1998 till juni 2000 och hennes lön varierade därför från månad till månad. Det högsta antalet arbetstimmar per månad uppnåddes i oktober 1999, under vilken klaganden utförde 123,32 arbetstimmar.

24. Innan ramanställningsavtalet ingicks informerade P&C Nicole Wippel, som var 19 år när anställningsförhållandet inleddes och just hade avslutat sin skolutbildning, om för- och nackdelarna med den anställningsform som hade valts. Nicole Wippel uppgav vid detta tillfälle att hon inte var beroende av en regelbunden inkomst.

25. Tvisten mellan parterna i målet vid den nationella domstolen avser Nicole Wippels lönefordran. I juni 2000 väckte Nicole Wippel talan mot P&C vid Arbeits- und Sozialgericht Wien (arbets- och socialdom-

stolen i Wien) och yrkade att företaget skulle förpliktas betala 11 929,23 euro samt utge ersättning för tilläggskostnader. Klaganden har gjort gällande att hon har rätt till retroaktiv ersättning från P&C motsvarande skillnaden mellan det högsta antalet arbetstimmar som kunde krävas av henne och de arbetstimmar som hon faktiskt utförde per månad. Nicole Wippel anser att det högsta möjliga antalet arbetstimmar som utfördes i oktober 1999 borde ha legat till grund för lönen för *varje* månad, under vilken hon arbetade för P&C. Klaganden har på denna grund yrkat en bruttomånadslön uppgående till 807,98 euro för tiden fram till december 1999 och 825,93 euro för tiden från januari till juni 2000.

26. Arbeits- und Sozialgericht Wien avvisade talan med hänvisning till 19 § d andra stycket AZG. I det förevarande fallet avtalades varje enskild arbetsinsats mellan parterna i målet. Oberlandesgericht Wien, i egenskap av överinstans, upphävde underinstansens dom och återförvisade målet till domstolen i första instans för att denna skulle undersöka det faktiska anställningsförloppet och tillät att domen överklagades. Båda parterna överklagade domen till den nationella domstolen.

27. Beträffande den österrikiska lagstiftningen har den nationella domstolen anfört att den ordinarie arbetstidens omfattning och förläggning för heltidsarbetande är föreskriven i AZG. AZG innehåller emellertid inte någon bestämmelse, inte ens en subsidiär, om arbetstidens konkreta omfattning och förläggning för deltidsarbetande.

28. Med beaktande av syftet med bestämmelserna om arbetstid är ett sådant avtal som det i förevarande fall ogiltigt. Ett sådant avtal innebär nämligen att arbetstagaren avstår från sin lagliga rätt att avtala om arbetstidens omfattning och överlåter åt arbetsgivaren att fastställa arbetstidens förläggning enligt eget godtycke.

29. Den nationella domstolen har även hänvisat till statistiska uppgifter, enligt vilka mer än 90 procent av alla deltidsarbetande är kvinnor, medan andelen kvinnor bland heltidsarbetande uppgår till cirka 40 procent. Eftersom P&C inte har anfört att det förhåller sig helt annorlunda i deras verksamhet, kan man utgå från att andelen kvinnor, inte enbart i allmänhet, utan även i P&C:s verksamhet, är betydligt högre bland deltidsarbetande än bland heltidsarbetande.

IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

30. Genom beslut av den 8 augusti 2002 har den nationella domstolen ställt följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

"1) a) Skall artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 samt 2 § i ramavtalet om deltidsarbete som har undertecknats av UNICE, CEEP och EFS och som genomfördes genom direktiv 97/81 och punkt 9 i gemenskapsstadgan av den 9 december 1989 om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter med avseende på begreppet arbetstagare tolkas på så sätt att ett genomgående skydd även skall ges åt sådana personer som klaganden, som i ett omfattande ramanställningsavtal träffar överenskommelser om lön, uppsägningsvillkor osv., men som också avtalar att arbetstidens omfattning och förläggning skall vara anpassade till arbetsbehovet och avtalas mellan parterna i det enskilda fallet?

b) Omfattas en person av begreppet arbetstagare, i den mening som avses i fråga 1a, om det lämnas en icke bindande upplysning om att personen kommer att bli sysselsatt cirka tre dagar i veckan och två lördagar i månaden?

c) Omfattas en person av begreppet arbetstagare, i den mening som avses i fråga 1a, om vederbörande faktiskt blir sysselsatt cirka tre dagar i veckan och två lördagar i månaden?

d) Är gemenskapsstadgan av den 9 december 1989 om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter rättsligt bindande åtminstone på så sätt att den skall användas som vägledning vid tolkningen av andra gemenskapsrättsliga bestämmelser?

2) Skall artikel 141 EG, artikel 1 i direktiv 75/117 och artikel 5 i direktiv 76/207 samt klausul 4 i ramavtalet om deltidsarbete tolkas på så sätt att det utgör en oberättigad diskriminering, när det för heltidsanställda (cirka 60 procent män och 40 procent kvinnor) i lag eller kollektivavtal finns bestämmelser inte endast om arbetstidens omfattning, utan delvis även om arbetstidens förläggning, vilka en heltidsanställd kan göra gällande även om det saknas en avtalsrättslig överenskommelse om

detta, medan det för deltidsanställda, som till största delen är kvinnor (cirka 90 procent kvinnor och 10 procent män), saknas sådana regler även för det fall att parterna till avtalet i strid med lagen inte har träffat någon överenskommelse om detta?

3) Skall artikel 141 EG, artikel 1 i direktiv 75/117 och artikel 5 i direktiv 76/207 samt klausul 4 i ramavtalet om deltidsarbete tolkas på så sätt att det utgör en oberättigad diskriminering när en arbetsgivare beträffande deltidsanställda, hos vilka man kan utgå ifrån att de till övervägande del är kvinnor (cirka 90 procent kvinnor och 10 procent män), uttryckligen utesluter en överenskommelse om arbetstidens förläggning och omfattning, medan det beträffande heltidsanställda, av vilka andelen kvinnor kan antas vara betydligt mindre, både arbetstidens omfattning och delvis även arbetstidens förläggning redan anges i lag eller i kollektivavtal?

4) Skall artikel 141 EG, artikel 1 i direktiv 75/117/EEG och artikel 5 i direktiv 76/207 samt klausul 4 och klausul 1 b (främjande av deltidsarbete) i ramavtalet om deltidsarbete tolkas på så sätt att det här för att kompensera den oberättigade diskrimineringen är nödvändigt och tillåtet att

a) beträffande arbetstidens omfattning, utgå från en viss omfattning och, om frågan besvaras jakande, utgå från

(i) den ordinarie arbetstiden, eller

(ii) den högsta veckoarbetstiden som faktiskt har förekommit, om inte arbetsgivaren kan visa att denna faktiskt berodde på ett särskilt stort arbetsbehov, eller

(iii) arbetsbehovet vid tidpunkten för anställningsavtalets ingående, eller

(iv) den genomsnittliga veckoarbetstiden, samt

b) beträffande arbetstidens förläggning, ge den anställde, som ersättning för de nackdelar som uppkommit för honom till följd av det ökade arbete som flexibiliteten medfört och de fördelar som uppkommit för arbetsgivaren,

(i) ett "skäligt" tillägg till timlönen vilket skall bestämmas i det enskilda fallet, eller

(ii) ett minsta tillägg som heltidsanställda får när de arbetar utöver den ordinarie arbetstiden (åtta timmar per dag eller 40 timmar i veckan), eller

(iii) oberoende av den faktiska arbetstiden, en ersättning för den tid för vilken han inte har avlönats, men vilken enligt överenskommelsen skulle kunna ha blivit arbetstid (potentiell arbetstid), då arbetsgivaren meddelar den anställde

— med kortare tid än 14 dagars varsel, eller

— med kortare varsel än vad som är skäligt.

31. Nicole Wippel, P&C, den österrikiska regeringen och Förenade kungarikets regering samt kommissionen har inkommit med yttranden till domstolen.

V — Bedömning

A — *Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning*

32. I beslutet om hänskjutande har den nationella domstolen anfört att anställningsformen behovsanställning inte är tillåten enligt nationell lagstiftning och att det ramanställningsavtal som ingicks mellan Nicole Wippel och P&C delvis är ogiltigt. Mot denna bakgrund har kommissionen i sina skriftliga och muntliga yttranden anfört att frågorna i målet vid den nationella domstolen i huvudsak rör nationell österrikisk rätt. Därmed har kommissionen indirekt ifrågasatt huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning enligt artikel 234 EG och huruvida domstolen har behörighet att besvara tolkningsfrågorna.

33. I detta hänseende skall det erinras om att det enligt fast rättspraxis uteslutande ankommer på de nationella domstolarna att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett

förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som huruvida de frågor som ställs till domstolen är relevanta. En begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller med föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen. [9]

35. Det är därmed inte uppenbart att begäran om förhandsavgörande inte har något samband med tvisten i målet vid den nationella domstolen. Tolkningsfrågorna kan därför tas upp till prövning.

B — Fråga 1 d: Den rättsliga karaktären av gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter

34. I förevarande fall avser den nationella domstolen att tillämpa nationella bestämmelser, såsom till exempel bestämmelserna i AZG och GlBG, som bland annat syftar till att genomföra gemenskapens rättsakter. [10] Enligt principen om direktivkonform tolkning [11] kan även tolkningen av gemenskapsrätten vara av betydelse vid tillämpningen av nationella lagar. Med avseende på målet vid den nationella domstolen gäller detta inte enbart för förutsättningarna för det gemenskapsrättsliga diskrimineringsförbudet, utan även, som kommissionen med rätta har påpekat, för den rättsliga följden, det vill säga för konsekvenserna av en eventuell diskriminering enligt gemenskapsrätten.

36. Fråga 1 d avser den rättsliga karaktären av gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. Den nationella domstolen har ställt frågan om denna stadga är rättsligt bindande. Frågan har ställts för att få klarhet i huruvida stadgan skall användas som vägledning vid tolkningen av gemenskapsrätten. Jag föreslår att denna fråga prövas först, eftersom den påverkar svaret på alla andra frågor som ställts av den nationella domstolen.

37. Gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989 genom en förklaring. [12] Stadgan har därför inte en sådan rättsligt bindande karaktär som de primärrättsliga

9 — Se till exempel dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59–61, av den 30 april 1998 i mål 230/96, Cabour (REG 1998, s. I-2055), punkt 21, av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, Angonese (REG 2000, s. I-4139), punkt 18, och av den 25 mars 2004 i de förenade målen C-480/00, C-481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00, C-490/00, C-491/00, C-497/00 och C-498/00, Ribaldi (REG 2004, s. I-2943), punkt 72.

10 — I detta sammanhang skall särskilt direktiv 76/207 och direktiv 97/81 nämnas.

11 — Beträffande principen om direktivkonform tolkning enligt artikel 249.3 jämförd med artikel 10 EG, se dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkterna 19–26, och där angiven rättspraxis.

12 — Denna förklaring antogs av stats- och regeringscheferna i elva av de dåvarande tolv medlemsstaterna och har inte offentliggjorts i Europeiska gemenskapernas officiella tidning. Se i detta hänseende ordförandeskapets slutsatser (Bull. EG nr 12, 1989, punkt 1.1.10).

akter som finns i fördraget och, enligt artikel 311 EG, i de bifogade protokollen till fördraget. Stadgan kan inte heller betraktas som en bindande sekundärrättslig rättsakt redan av det skälet att det Europeiska rådet inte har någon normgivningskompetens. I stadgan kommer enbart allmänna socialpolitiska målsättningar till uttryck som syftar till att ge unionen en impuls till utveckling inom området för socialpolitik. [13]

38. Även om gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter inte som sådan är någon bindande rättsakt, [14] finns ett starkt samband mellan olika gemenskapsbestämmelser och gemenskapsstadgan, som på ett lämpligt sätt skall beaktas vid tolkningen och tillämpningen av dessa bestämmelser. Även domstolen har använt stadgan som vägledning vid tolkningen av sådana bestämmelser. [15]

39. Beträffande artikel 141 EG skall det anmärkas att denna bestämmelse ingår i fördragets kapitel om socialpolitik och att det i den inledande bestämmelsen i detta kapitel, artikel 136.1 EG, sedan Amsterdamfördragets ikraftträdande, [16] uttryckligen hänvisas till stadgan. Samma sak gäller för direktiv 97/81. I det tredje skälet i detta direktiv hänvisas också direkt till stadgan. Även direktiven 75/117 och 76/207, som trädde i kraft innan stadgan antogs, syftar till att genomföra principen om likabehandling av arbetstagare inom företagsverksamhet, och avser därmed också ett område som omfattas av stadgan, [17] mot bakgrund av vilken de följaktligen skall tolkas och användas.

40. Gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter skall emellertid även utöver sådana bestämmelser, som redan på grund av sitt specifika socialpolitiska innehåll har en stark koppling till stadgan, beaktas vid tolkningen och tillämpningen av gemenskapsrätten. Målen att förbättra sociala förhållanden och uppnå en hög nivå på det sociala skyddet, som anges i artikel 2 EG, i andra och tredje skälen i ingressen till Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och i åttonde skälet i ingressen till Fördraget om Europeiska unionen ligger nämligen till grund för all gemenskapsverksamhet. I det fjärde skälet

13 — Se även artikel 4 EU som visserligen inte var i kraft 1989, men som kan anses som ett uttryck för den roll som Europeiska rådet och medlemsstaternas stats- och regeringschefer, som företrädde det Europeiska rådet, hade redan innan Fördraget om Europeiska unionen trädde i kraft.

14 — Även generaladvokaten Jacobs har i sitt förslag till avgörande av den 28 januari 1999 i de förenade målen C-67/96, C-115/97–C-117/97 och C-219/97, Albany m.fl. (REG 1999, s. I-5754), punkt 137, uttalat sig mot att stadgan skall anses som rättsligt bindande.

15 — Se dom av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389), punkt 47, liknande domen av den 26 juni 2001 i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881), punkt 39. Båda domarna avsåg rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT L 307, s. 18) (nedan kallat direktiv 93/104), som i det fjärde skälet uttryckligen hänvisar till gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.

16 — Den 1 maj 1999.

17 — Se punkt 16 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.

i ingressen till Fördraget om Europeiska unionen hänvisas uttryckligen till stadgan, i vilken dessa mål konkretiseras.

41. Den nationella domstolens fråga skall således besvaras så, att gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter skall användas som vägledning vid tolkningen av gemenskapsbestämmelser, trots att den inte är rättsligt bindande.

C — *Fråga 1 a–c: Begreppet arbetstagare*

42. Den nationella domstolen har i huvudsak ställt fråga 1 a–c för att få klarhet i huruvida begreppet arbetstagare, i den mening som avses i artikel 141 EG, i direktiv 75/117, i ramavtalet om deltidsarbete och i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter även omfattar sådana personer, som endast arbetar i begränsad omfattning och efter arbetsbehov, och närmare bestämt utan att konkreta arbetstider avtalats på förhand.

43. Det gemenskapsrättsliga begreppet arbetstagare är inte entydigt, utan begreppets innebörd varierar beroende på den avsedda bestämmelsen.[18] Det skall i detta avseende skiljas mellan ramavtalet om deltidsarbete, å ena sidan, och, artikel 141 EG, direktiv 75/117, direktiv 76/207 och gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, å andra sidan.

1. Begreppet arbetstagare i ramavtalet om deltidsarbete

44. Vad för det första beträffar ramavtalet om deltidsarbete föreskrivs i klausul 2 punkt 1 att ramavtalet gäller "deltidsanställda som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som regleras av lag, kollektivavtal eller praxis i varje medlemsstat".

45. Begreppet arbetstagare, i den mening som avses i ramavtalet, är således inte något gemenskapsrättsligt begrepp. Den personkrets som omfattas av ramavtalet definieras med hänvisning till tillämplig nationell lagstiftning. Begreppet arbetstagare fastställs följaktligen med ledning av den lagstiftning, de kollektivavtal och den praxis som gäller i varje medlemsstat. Medlemsstaterna har därvid ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Gemenskapsrätten kan i detta avseende högst sätta gränser för medlemsstaternas befogenhet. En medlemsstat kan till

18 — Dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691), punkt 31, och av den 13 januari 2004 i mål C-256/01, Allonby (REG 2004, s. I-873), punkt 63.

exempel göra sig skyldig till ett åsidosättande av skyldigheten att samarbeta lojalt (artikel 10 EG) om begreppet arbetstagare definieras så snävt i nationell rätt att ramavtalet om deltidsarbete förlorar all ändamålsenlig verkan och det blir orimligt svårt att uppnå de mål som anges i klausul 1 i ramavtalet. Det finns inget som visar att så varit fallet i förevarande mål.

46. Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande anfört att Nicole Wippel, trots den omständigheten att fasta arbetstider inte avtalats på förhand, skall anses som arbetstagare, i den mening som avses i österrikisk rätt. Enligt klausul 2 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete omfattas hon därmed av dess tillämpningsområde.

2. Begreppet arbetstagare i artikel 141 EG, i direktiven 75/117 och 76/207 samt i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter

47. Begreppet arbetstagare är inte uttryckligen definierat i artikel 141 EG, i direktiven 75/117 och 76/207 eller i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. För att kunna fastställa dess innebörd är det följaktligen lämpligt att, med hänvisning till de allmänt erkända tolkningsprinciperna, särskilt beakta det sammanhang i vilket begreppet förekommer och fördragets syften. [19]

48. Enligt artikel 2 EG har gemenskapen bland annat till uppgift att främja jämställdhet mellan kvinnor och män. Artikel 141.1 EG utgör ett särskilt uttryck för principen om likabehandling av kvinnor och män, vilken är en av gemenskapens grundvalar och en grundläggande rättighet som skyddas enligt gemenskapsrätten. [20] Enligt artikel 3.2 EG skall gemenskapen syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och till att främja jämställdhet mellan dem. I artikel 136.1 EG anges med hänvisning till den europeiska sociala stadgan [21] och gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter [22] bland annat målen att förbättra levnads- och arbetsvillkor och åstadkomma ett fullgott socialt skydd.

49. Mot bakgrund av detta sociala skyddsändamål skall begreppet arbetstagare i artikel 141 EG, i direktiven 75/117 och 76/207 och i gemenskapsstadgan om arbetstagares grund-

19 — Se domen i målet Allonby (ovan fotnot 18), punkt 64.

20 — Se domen i målet Allonby (ovan fotnot 18), punkt 65. Se även dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne II (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkt 12, och av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-270/97 och C-271/97, Deutsche Post (REG 2000, s. I-929), punkt 57.

21 — Undertecknad i Turin den 18 oktober 1961.

22 — Se särskilt punkterna 7–10 i stadgan.

läggande sociala rättigheter anses som ett gemenskapsrättsligt begrepp och tolkas extensivt.[23] För detta talar den definition som domstolen har utvecklat inom ramen för fri rörlighet för arbetstagare enligt artikel 39 EG.[24]

50. Vad gäller artikel 39 EG har domstolen, utifrån antagandet att det föreligger ömsesidiga rättigheter och skyldigheter i ett anställningsförhållande, i fast rättspraxis fastslagit att en person som under en viss tid, till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar utför arbete i utbyte mot vilket han/hon erhåller ersättning skall anses som arbetstagare.[25] Begreppet förutsätter emellertid att det rör sig om ett faktiskt och verkligt arbete, som inte är av en så begränsad omfattning att det framstår som ett marginellt komplement.[26]

51. Den nationella domstolen skall, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, fastställa huruvida Nicole Wippels arbete skall anses som faktiskt och verkligt arbete eller om det är av så begränsad omfattning att det framstår som ett marginellt komplement.[27] Domstolen som skall ge den nationella domstolen ett användbart svar är behörig att, mot bakgrund av handlingarna i målet och de skriftliga och muntliga yttranden som förelagts den, lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra målet.[28]

52. Domstolen har redan i domen i målet Raulin fastslagit att en person som arbetar efter behov och enbart i begränsad omfattning kan anses som arbetstagare.[29] De faktiska omständigheterna i detta mål kan i viss utsträckning jämföras med de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. I målet Raulin garanterades inte heller något bestämt antal arbetstimmar och utfördes ofta enbart några få dagar i veckan eller några få timmar om dagen. Arbetsgivaren behövde endast betala lön och sociala förmåner om den anställde hade utfört faktiskt arbete. Den anställde behövde i sin tur inte acceptera ett erbjudande om arbete.

23 — Se domen i målet Allonby (ovan fotnot 18), punkt 66.

24 — Se i detta hänseende även domen Allonby (ovan fotnot 18), punkt 67.

25 — Se dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121; svensk specialutgåva, volym 8, s. 661), punkt 17, av den 31 maj 1989 i mål 344/87, Bettray (REG 1989, s. 1621), punkt 12, av den 8 juni 1999 i mål C-337/97, Meeusen (REG 1999, s. I-3289), punkt 13, och av den 6 november 2003 i mål C-413/01, Ninni-Orasche (REG 2003, s. I-13187), punkt 24. Se även domen Martínez Sala (ovan fotnot 18), punkt 32.

26 — Se dom av den 26 februari 1992 i mål C-357/89, Raulin (REG 1992, s. I-1027), punkterna 10 och 12, dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (REG 1982, s. 1035; svensk specialutgåva, volym 6, s. 335), punkt 17, och de i fotnot 25 nämnda domarna i målen Lawrie-Blum, punkt 21, Meeusen, punkt 13, och Ninni-Orasche, punkt 26.

27 — Se domen i målet Raulin (ovan fotnot 26), punkt 13 och i målet Allonby (ovan fotnot 18), punkt 69.

28 — Fast rättspraxis inom området för socialpolitik. Se till exempel dom av den 11 september 2003 i mål C-77/02, Steinicke (REG 2003, s. I-9027), punkt 59, och av den 23 oktober 2003 i de förenade målen C-4/02 och C-5/02, Schönheit och Becker (REG 2003, s. I-12575), punkt 83.

29 — Se domen i målet Raulin (ovan fotnot 26), punkterna 9–11.

53. Enligt rättspraxis kan arbetets oregelbundna karaktär och begränsning i tiden beaktas vid bedömningen av frågan om en person skall anses som arbetstagare. [30] Av handlingarna i målet framgår emellertid att Nicole Wippel skulle arbeta under en längre period och i genomsnitt tre dagar i veckan och två lördagar i månaden. Det skall dessutom beaktas att även personer som enbart arbetar några få timmar i veckan och vars inkomst eventuellt är lägre än existensminimum anses som arbetstagare enligt domstolens rättspraxis. [31]

54. Följaktligen talar redan tillämpningen av det arbetstagarbegrepp som utvecklades inom ramen för fri rörlighet enligt artikel 39 EG för att Nicole Wippel skall anses som arbetstagare. Därmed kan i föreliggande fall lämnas öppet huruvida begreppet arbetstagare, med beaktande av det sociala skyddsändamål som eftersträvas inom området för socialpolitik, skall ges en vidare innebörd inom detta område än inom området för fri rörlighet enligt artikel 39 EG. [32]

55. Den nationella domstolens fråga skall således besvaras så, att begreppet arbetstagare i artikel 141 EG, i direktiv 75/117, i direktiv 76/207 och i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter omfattar varje person som till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar utför arbete i utbyte mot vilket han erhåller ersättning, under förutsättning att det rör sig om faktiskt och verkligt arbete, eller arbete som inte är av så begränsad omfattning att det framstår som ett marginellt komplement. Huruvida fasta arbetstider har blivit bestämda på förhand saknar i sammanhanget betydelse.

D — *Inledande anmärkningar till den andra och den tredje frågan: Huruvida direktiven 97/81 och 76/207 är tillämpliga*

56. Den nationella domstolen har i den andra och den tredje frågan hänvisat till artikel 141 EG, direktiven 75/117 och 76/207 och ramavtalet om deltidsarbete. Innan dessa frågor undersöks i detalj skall det klargöras om och i vilken omfattning ovannämnda bestämmelser är tillämpliga i förevarande fall.

1. Tillämplighet av direktiv 97/81 och ramavtalet om deltidsarbete avseende tiden före den 20 januari 2000

57. I samband med direktiv 97/81 och ramavtalet om deltidsarbete, som är bifogat

30 — Se domen i målet Raulin (ovan fotnot 26), punkt 14.

31 — Se domen i målet Levin (ovan fotnot 26), punkterna 15 och 16, och domen i målet Lawrie-Blum (ovan fotnot 25), punkt 21.

32 — Kommissionen och P&C har antytt detta i sina skriftliga yttranden.

till direktivet, skall det förhållandet att fristen för införlivande av direktivet gick ut den 20 januari 2000,[33] det vill säga *efter* det att anställningsförhållandet mellan Nicole Wippel och P&C hade ingåtts, beaktas vid besvarandet av den andra och den tredje frågan.

58. Frågan uppkommer vilken betydelse detta ramavtal har i förevarande mål med avseende på anställningsperioder beträffande tiden före den 20 januari 2000 och särskilt om nationell rätt skall tolkas och tillämpas i överensstämmelse med direktiv 97/81 redan vad avser denna period.[34]

59. I allmänhet skall direktiv träda i kraft den dag som anges i direktivet eller, i annat fall, den tjugonde dagen efter offentliggörandet i den officiella tidningen.[35] Ett direktiv har rättsverkningar redan före denna tidpunkt.[36] Medlemsstaterna måste till exempel redan under införlivandefristen avhålla sig från alla åtgärder som allvarligt skulle kunna äventyra det i direktivet föreskrivna målet.[37]

60. Direktiv kan före utgången av införlivandefristen emellertid även ha andra rättsverkningar än ovannämnda förbud. Av direktiv 97/81 framgår att det *trädde i kraft* på dagen för dess offentliggörande i den officiella tidningen, den 20 januari 1998.[38] Medlemsstaternas frist för att införliva direktiv 97/81 fastställdes till den 20 januari 2000. Denna frist gäller emellertid endast för antagande av nödvändiga *lagar och andra författningar* och *avtal mellan arbetsmarknadens parter*[39]. Syftet med en sådan införlivandefrist är att ge tillräckligt med tid för eventuellt nödvändiga lagstiftningsförfaranden och avtalsförhandlingar mellan arbetsmarknadens parter.[40] Med bortseende från detta särskilda fall har direktivet emel-

33 — Artikel 2.1 i direktiv 97/81.

34 — Det finns olika uppfattningar vad avser omfattningen av skyldigheten att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktiv innan införlivandefristen löpt ut. Medan till exempel generaladvokaten Darmon uttalar sig för en allmän skyldighet att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktiv redan innan införlivandefristen löpt ut (förslag till avgörande av den 14 november 1989 i målen C-177/88 och C-179/88, Dekker m.fl. (REG 1990, s. I-3956; svensk specialutgåva, volym 10, s. 555, punkt 11)), går generaladvokaten Jacobs mindre långt, men anser inte desto mindre att nationella domstolar har en skyldighet att tolka nationella åtgärder för genomförande av direktiv som redan trätt i kraft i överensstämmelse med direktivet (förslag till avgörande av den 25 juni 1992 i mål C-156/91, Hansa Fleisch (REG 1992, s. I-5567), punkterna 23 och 24).

35 — Artikel 254.1 andra meningen EG och artikel 245.2 andra meningen EG. Direktiv som inte är riktade till samtliga medlemsstater blir gällande genom delgivning till dem som de riktar sig till.

36 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), punkt 41. Se även generaladvokaten Albers förslag till avgörande av den 9 september 2003 i mål C-157/02, Rieser (REG 2003, s. I-1477), punkt 112.

37 — Artikel 249 tredje stycket EG jämförd med artikel 10 andra stycket EG. Se i detta hänseende även domen i målet Inter-Environnement Wallonie (ovan fotnot 36), punkt 45, samt dom av den 8 maj 2003 i mål C-14/02, ATRAL (REG 2003, s. I-4431), punkt 58, och av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser (REG 2004, s. I-1477), punkt 66.

38 — Artikel 3 i direktiv 97/81.

39 — Artikel 2.1 i direktiv 97/81.

40 — Se i detta hänseende även domen i målet Inter-Environnement Wallonie (ovan fotnot 36), punkt 43, och domen i målet Rieser (ovan fotnot 37), punkt 68.

lertid redan från och med dagen för dess ikraftträdande rättsligt bindande verkan med avseende på de mål som eftersträvas och är även bindande för medlemsstaternas domstolar. [41]

61. Från och med dagen för dess ikraftträdande stod det klart vilka politiska värderingar som låg till grund för direktivet om deltidsarbete och därmed vilket syfte direktiv 97/81 hade. Sådana värderingar skall nämligen beaktas av den nationella domstolen vid tolkningen och tillämpningen av generalklausuler och obestämda rättsbegrepp i nationell rätt.

62. För övrigt kan inte heller invändningen [42] att domstolar inte får föregripa lagstiftarens beslut vid införlivandet av ett direktiv godtas, om det redan innan direktivet antogs fanns nationella lagar och andra författningar innehållande generalklausuler eller obestämda rättsbegrepp. I den mån som den nationella domstolen endast i överensstämmelse med direktivet utnyttjar det utrymme för tolkning, som den tilldelats av lagstiftaren genom nationell lagstiftning, utför den nämligen endast sin uppgift.

63. Enligt min mening skall därför bestämmelser i nationell rätt, särskilt generalklausuler och obestämda rättsbegrepp, tolkas och tillämpas i överensstämmelse med direktivet även före utgången av fristen för införlivande. I förevarande fall har gemenskapslagstiftarens värderingar avseende deltidsarbete särskilt betydelse för de nationella diskrimineringsförbud som redan fanns före utgången av fristen för införlivande och kan påverka deras tolkning och tillämpning. [43] Samma värderingar skulle dessutom även komma att beaktas om det i målet vid den nationella domstolen hade varit fråga om begreppet åsidosättande av god sed. Enligt vad som anförts av den nationella domstolen hade detta begrepp relevans för bedömningen av vissa deltidsmodeller i Österrike, i vart fall innan 19 d § upptogs i AZG.

41 — Se punkterna 40 och 41 i domen i målet Inter-Environnement Wallonie (ovan fotnot 36), dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), och av den 22 juni 2000 i mål C-318/98, Fornasar m.fl. (REG 2000, s. I-4785), punkterna 41 och 42. I domen i målet Rieser (ovan fotnot 37), punkt 67, uttalar sig inte domstolen mot en skyldighet till direktivkonform tolkning innan införlivandefristen löpt ut, utan klargör endast att det direktiv som det rör sig om inte är direkt tillämpligt innan införlivandefristen löpt ut och att befintlig nationell rätt kan tillämpas. Vid direktivkonform tolkning rör det sig emellertid just om att tillämpa befintlig nationell rätt.

42 — Se exempelvis punkt 24 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Hansa Fleisch (ovan fotnot 34).

43 — Redan AZG i dess lydelse enligt Bundesgesetz BGBl. I nr 46/1997 innehöll i 19 § d sjätte stycket ett förbud mot missgynnande av deltidsanställda arbetstagare. Se dessutom förbudet mot diskriminering på grund av kön i 2 § GlBG.

2. Det materiella tillämpningsområdet för direktiv 76/207

64. Vad gäller eventuell diskriminering på grund av kön skall det undersökas om artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 eller direktiv 76/207 skall tillämpas och vilken roll direktiv 97/81 inklusive ramavtalet om deltidsarbete har i detta sammanhang.

65. Artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 innehåller förbud mot diskriminering på grund av kön i fråga om *lön*. Könsdiskriminering med avseende på *arbetsvillkor* omfattas däremot av artikel 5.1 i direktiv 76/207. De båda diskrimineringsförbuden används alternativt. [44]

66. I förevarande fall avser inte tvisten i målet vid den nationella domstolen i första hand lönen. Nicole Wippels lönefordran följer snarare av tvisten mellan henne och P&C om arbetstidens förläggning, det vill säga om ett arbetsvillkor. Det förhållandet att skillnader i arbetsvillkor medför ekonomiska konsekvenser för den berörda arbetstagaren, vilket eventuellt kan ge upphov till tvistemål, utgör inte något hinder mot att direktiv 76/207 tillämpas. [45] I sådana tvister skall varken artikel 141 EG eller artikel 1 i direktiv 75/117 tillämpas, utan artikel 5.1 i direktiv 76/207 som är en mer specifik bestämmelse.

67. Diskrimineringsförbudet i direktiv 76/207 skall dessutom tillämpas vid sidan av förbudet mot missgynnande av deltidsarbetande enligt ramavtalet om deltidsarbete, [46] eftersom de båda bestämmelserna avser skilda fall och eftersträvar olika mål. Diskrimineringsförbuden i dessa bestämmelser berör olika situationer. De står inte i ett speciellt förhållande till varandra.

E — *Den andra frågan: Diskriminering genom lag*

68. Den nationella domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida det föreligger en förbjuden diskriminering enligt

44 — Se till exempel punkterna 48–51 i domen i målet Steinicke (ovan fotnot 28), punkterna 48–51, samt mitt förslag till avgörande av den 1 april 2004 i mål C-19/02, Hlozek (målet inte ännu avgjort av domstolen), punkterna 96–97 med vidare hänvisningar.

45 — Se domen i målet Steinicke (ovan fotnot 28), punkterna 49–51.

46 — Se, för en liknande uppfattning, generaladvokaten Tizzano i hans förslag till avgörande av den 3 april 2003 i mål C-77/02, Steinicke (REG 2003, s. I-9027), punkterna 41, 42 och 58. Se vidare 6 § punkt 4 i ramavtalet om deltidsarbete.

gemenskapsrätten när det för heltidsanställda finns konkreta bestämmelser om arbetstider i lag eller kollektivavtal, men när det för deltidsanställda saknas sådana eventuellt subsidiärt tillämpliga bestämmelser.

Till en början uppkommer frågan om det över huvud taget föreligger diskriminering av deltidsarbetande i förhållande till jämförbara heltidsarbetande. Om så är fallet skall det undersökas huruvida det finns objektiva skäl för en sådan diskriminering.

69. I detta sammanhang skall det (könsneutrala) förbudet mot diskriminering mellan deltids- och heltidsarbetande och förbudet mot (indirekt) diskriminering på grund av kön undersökas.

a) Diskriminering föreligger inte med avseende på arbetstidens förläggning

1. Förbudet mot diskriminering av deltidsarbetande

70. Ramavtalet om deltidsarbete innehåller förbud mot diskriminering av deltidsarbetande. Enligt klausul 4 punkt 1 i ramavtalet får deltidsarbetande inte behandlas mindre förmånligt än jämförbara heltidsarbetande när det gäller anställningsvillkoren, om det inte finns objektiva skäl för den annorlunda behandlingen.

72. Vad för det första beträffar *arbetstidens förläggning*[47] har den nationella domstolen anfört att det i 19 § c första stycket och i 19 § d andra stycket AZG, föreskrivs att arbetstidens förläggning för deltidsanställda och heltidsanställda endast kan regleras i kollektivavtal eller andra avtal. De föreskrifter som den nationella domstolen har nämnt innehåller inte några självständiga eventuellt subsidiärt tillämpliga bestämmelser om arbetstidens förläggning.[48] Eftersom lagen därmed är lika för deltidsanställda och heltidsanställda, föreligger det inte någon diskriminering av deltidsanställda.

71. För att fastställa om ett rättsläge som det som råder i Österrike är diskriminerande i denna mening skall två frågor undersökas.

47 — Med "arbetstidens förläggning" avses när arbetet utförs.

48 — Särskilt bestämmelserna om ett eventuellt överskridande av den ordinarie arbetstiden för heltidsanställda ger inte tillräcklig information om arbetstidens förläggning, utan de avser snarare arbetstidens omfattning.

b) Diskriminering föreligger inte med avseende på arbetstidens omfattning

73. Därefter uppkommer frågan huruvida det föreligger diskriminering av deltidsanställda med avseende på *arbetstidens omfattning*[49]. I den österrikiska lagen, nämligen i 3 § AZG, föreskrivs att den ordinarie arbetstiden är 40 timmar i veckan eller åtta timmar per dag. Enligt den österrikiska regeringen skall denna bestämmelse inte anses som en särskild bestämmelse för heltidsanställda, utan ovannämnda maximigränser gäller på samma sätt för heltidsanställda som för deltidsanställda. Vid oregelbundet arbete kan särskilt begränsningen av den dagliga arbetstiden ha verkningar för deltidsanställda.

74. Till skillnad från den österrikiska regeringen förefaller den nationella domstolen och Nicole Wippel utgå från att 3 § AZG, i vilken den ordinarie arbetstiden fastställs till 40 timmar i veckan eller åtta timmar per dag, utgör en särskild bestämmelse för heltidsanställda och att det inte finns någon motsvarande bestämmelse för deltidsanställda enligt österrikisk rätt. I österrikisk rätt saknas särskilt en eventuellt subsidiärt tillämplig arbetstidsbestämmelse, som till exempel den som finns i Tyskland med avseende på den särskilda anställningsformen behovsanställning.[50]

75. Även om den senare uppfattningen skulle anses vara riktig uppkommer frågan om en sådan *särbehandling* i lag utgör en diskriminering av *deltidsanställda.* Denna fråga skall besvaras mot bakgrund av ramavtalet om deltidsarbete och dess syfte.

i) Målet att åstadkomma ett fullgott socialt skydd, att främja sysselsättningen och att uppnå en flexibel organisering av arbetstiden

76. I artikel 136.1 EG anges att gemenskapens och medlemsstaternas mål bland annat skall vara att främja sysselsättningen, att förbättra levnads- och arbetsvillkoren och

49 — Med "arbetstidens omfattning" avses i vilken omfattning arbetet utförs.

50 — I 12 § första stycket i den tyska lagen om deltidsarbete och tidsbegränsade avtal av den 21 december 2000 (Teilzeit- und Befristungsgesetz, BGBl. I, s. 1966) föreskrivs följande: "Arbetsgivare och arbetstagare kan avtala att arbetstagaren skall arbeta enligt de arbetsbehov som uppkommer (behovsanställning). I avtalet måste en viss veckoarbetstid eller daglig arbetstid anges. Om veckoarbetstiden inte har fastställts anses den avtalade arbetstiden vara tio timmar. Om den dagliga arbetstiden inte har fastställts skall arbetsgivaren låta arbetstagaren arbeta minst tre timmar i rad."

att åstadkomma ett fullgott socialt skydd. I punkt 7 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter uppmanas till förbättring av levnads- och arbetsförhållanden, av arbetstiderna och av arbetstidernas förläggning och till tillämpning av "andra arbetsformer", såsom deltidsarbete, men även säsongsarbete.

77. Vad slutligen beträffar ramavtalet om deltidsarbete framgår av de allmänna övervägandena i ramavtalet att detta särskilt syftar till att förena arbete och familjeliv, främja sysselsättningen, öka sysselsättningsintensiteten och uppnå en smidigare organisation av arbetet.[51] Målet att uppnå en flexibel organisation av arbetstiden på ett sätt som tar hänsyn till både arbetsgivarnas och arbetstagarnas behov anges dessutom i klausul 1 b i ramavtalet.

78. Betraktar man dessa mål tillsammans framgår att utöver målet att åstadkomma ett fullgott socialt skydd skall särskild uppmärksamhet även ägnas åt målet att främja sysselsättningen och att uppnå en flexibel organisation av arbetstiden samt arbetsgivarnas och arbetstagarnas behov vid tolkningen och tillämpningen av ramavtalet om deltidsarbete. Flexibilitet och innovativa möjligheter till utformning av arbetsförhållandet bidrar till att främja sysselsättningen och till att förbättra levnads- och arbetsförhållanden och utgör inte nödvändigtvis ett hinder för att uppnå dessa mål.

ii) Inga motstridiga värderingar i direktiven 93/104 och 91/533

79. Det framgår inte heller att andra arbetsrättsliga direktiv, till vilka den nationella domstolen har hänvisat, grundar sig på motstridiga värderingar.

80. Vad för det första beträffar direktiv 93/104 föreskrivs i artikel 6 punkt 1 att "veckoarbetstiden begränsas genom lagar och andra författningar eller genom kollektivavtal eller andra avtal mellan arbetsmarknadens parter". Som det emellertid redan framgår av rubriken och den inledande meningen till denna bestämmelse syftar bestämmelsen enbart till att införa en *maximigräns* för arbetstiden för att skydda arbetstagarnas säkerhet och hälsa.[52]

51 — Punkterna 4 och 5 i de allmänna övervägandena i ramavtalet om deltidsarbete. Se även det femte skälet i direktiv 97/81.

52 — Denna uppfattning bekräftas genom det femte och det åttonde skälet i direktiv 93/104. Se även dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade kungariket mot rådet (REG 1994, s. I-5755), punkterna 12, 22, 29 och 45.

81. Vad för det andra beträffar direktiv 91/533 [53] föreskrivs visserligen att arbetstagaren skall underrättas skriftligen om längden på sin normala arbetsdag eller arbetsvecka. [54] Syftet med denna bestämmelse är emellertid enbart att underrätta arbetstagaren om befintliga rättigheter och skyldigheter, att göra det lättare för honom att bevisa dessa rättigheter och skyldigheter och att skapa större öppenhet på arbetsmarknaden. [55] Direktiv 91/533 skall inte tolkas på så sätt att det utöver denna informationsskyldighet syftar till att harmonisera nationella bestämmelser om anställningsavtal, till exempel genom att föreskriva att fasta arbetstider måste bestämmas på förhand i alla anställningsförhållanden. [56] I ett anställningsförhållande, där fasta arbetstider inte avtalats, måste informationsskyldigheten kunna uppfyllas på annat lämpligt sätt, till exempel genom att arbetsgivaren regelbundet underrättar arbetstagaren om schemaläggningen. [57]

82. Följaktligen kan man varken av direktiv 93/104 eller av direktiv 91/533 och inte heller av punkt 9 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter *e contrario* dra slutsatsen att arbetsförhållanden, som kännetecknas av avsaknaden av regelbundna arbetstider, skulle vara förbjudna.

iii) Ingen diskriminering av deltidsanställda

83. Mot denna bakgrund innebär inte det förhållandet att det i lag inte har fastställts några konkreta eventuellt subsidiärt tillämpliga bestämmelser om arbetstidens omfattning eller särskilt om en viss minsta arbetstid för deltidsanställda automatiskt att det föreligger diskriminering av deltidsanställda i förhållande till heltidsanställda. För ju mer utrymme lagstiftaren ger arbetsgivarna och arbetstagarna för en flexibel utformning av arbetsförhållanden, desto mer underlättas skapandet av nya arbetstillfällen och desto lättare kan hänsyn tas till särskilda behov hos vissa kategorier av personer.

84. Som exempel kan nämnas behovsanställning, där särskilt den berördes önskemål om arbetsinsatsen beaktas, men även arbetsgivaren ges största möjliga frihet. Denna anställningsform lämpar sig därför särskilt väl för arbetstagare som endast kan eller vill arbeta oregelbundna tider och i varierande omfattning eller som enbart söker extrainkomster. Detta är exempelvis fallet för

53 — Rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet (EGT L 288, s. 32; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 97) (nedan kallat direktiv 91/533).

54 — Artikel 2.2 i jämförd med artikel 3.1 c i direktiv 91/533.

55 — Se även det andra skälet i direktiv 91/533.

56 — Av det åttonde skälet i direktiv 91/533 och artikel 1.2 b (anställning av tillfällig beskaffenhet) i samma direktiv framgår att gemenskapslagstiftaren inte har önskat skapa en stel bestämmelse som utesluter all form av flexibilitet.

57 — Denna uppfattning har också framförts av den österrikiska regeringen i dess muntliga yttranden.

personer som huvudsakligen vill ta hand om sina barn eller sina vårdbehövande närstående, men även för skolungdomar och studenter. Enligt vad som anförts av den nationella domstolen ville även Nicole Wippel "arbeta tillfälligt och spara pengar".

85. En subsidiärt tillämplig lagbestämmelse som reglerar arbetstiden kan visserligen vara till hjälp för arbetstagare som är beroende av en regelbunden inkomst som uppgår till ett visst belopp eller som värdesätter att veta sina arbetstider på förhand. En sådan bestämmelse är även förenlig med målet att åstadkomma ett socialt skydd och att förbättra levnads- och arbetsvillkor samt med principen om rättvis lön. [58] En sådan bestämmelse kan emellertid samtidigt försvaga incitamenten till att skapa nya arbetstillfällen genom innovativa anställningsformer och kan på så sätt åtminstone göra det svårare för personer som antingen inte kan eller inte vill arbeta regelbundet och alltid i samma omfattning att utöva yrkesverksamhet. En arbetstidslag för deltidsanställda är alltså inte alltid till fördel för de berörda och avsaknaden av en sådan behöver inte alltid vara en nackdel.

58 — Se i detta hänseende punkt 5 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.

86. Skillnader i styrkeförhållanden mellan arbetsgivare och arbetstagare i anställningsförhållandet och särskilt ett eventuellt missbruk från arbetsgivarens sida av avtal, i vilka någon fast arbetstid inte har fastställts, kan i det enskilda fallet beaktas inom ramen för den konkreta tillämpningen av diskrimineringsförbudet. [59] Ramavtalet om deltidsarbete innebär inte nödvändigtvis att arbetsgivarens och arbetstagarens möjligheter att utforma arbetstiderna skall begränsas redan på lagstiftningsnivå.

87. Medlemsstaterna har emellertid möjlighet att, inom ramen för de mål som fastställts, behålla eller införa en högre skyddsnivå än den som följer av gemenskapsrätten och föreskriva andra striktare bestämmelser till skydd för deltidsanställda, till exempel bestämmelser om en viss minsta arbetstid. [60] Det finns emellertid inte någon gemenskapsrättslig skyldighet att föreskriva bestämmelser som går längre. I de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om deltidsarbete uppställs nämligen endast minimikrav. [61]

59 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande vad gäller den tredje frågan, särskilt punkterna 108–112.

60 — Exempelvis i Belgien föreskrivs en minsta arbetstid för deltidsanställda, som utgör en tredjedel av den arbetstid som en jämförbar heltidsanställd har (artikel 11a i lagen om anställningsavtal av den 3 juli 1978, Moniteur Belge av den 22 augusti 1978). I Tyskland finns en subsidiärt tillämplig lagbestämmelse för den särskilda anställningsformen behovsanställning (se ovan fotnot 50). I andra medlemsstater kan en minsta arbetstid regleras i kollektivavtal.

61 — Se artikel 137.2 första stycket b EG (denna bestämmelse ersätter artikel 2.2 första stycket i avtalet om socialpolitik av den 7 februari 1992 som undertecknades i Maastricht), det elfte skälet i direktiv 97/81 och klausul 6 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete.

c) Delslutsats

88. En sådan lagstiftning som österrikiska AZG, som saknar en eventuellt subsidiärt tillämplig bestämmelse om arbetstidens omfattning och förläggning för deltidsanställda, utgör inte någon förbjuden diskriminering av deltidsanställda i den mening som avses i klausul 4 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete.

2. Förbudet mot diskriminering på grund av kön

89. Det återstår att undersöka om det förhållandet att österrikisk rätt inte innehåller någon eventuellt subsidiärt tillämplig bestämmelse om arbetstidens omfattning och förläggning för deltidsanställda medför en förbjuden diskriminering på grund av kön i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 76/207.

90. Enligt den nationella domstolens uppfattning[62] behandlas heltidsanställda och deltidsanställda annorlunda i österrikisk rätt. I 3 § AZG finns en särskild bestämmelse för heltidsanställda enligt vilken den ordinarie arbetstiden är 40 timmar per vecka eller åtta timmar per dag, någon eventuellt subsidiärt tillämplig arbetstidsbestämmelse för deltidsanställda finns emellertid inte.

91. AZG är visserligen könsneutralt formulerad i detta avseende. Enligt fast rättspraxis medför emellertid även en nationell bestämmelse indirekt diskriminering om den — trots att den är neutralt formulerad — faktiskt missgynnar en mycket högre procentandel av det ena könet om särbehandlingen inte är befogad av sakliga skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön.[63]

92. Enligt vad som har anförts av den nationella domstolen uppgår andelen heltidsanställda män till 60 procent och andelen heltidsanställda kvinnor till 40 procent i Österrike, medan andelen deltidsanställda kvinnor är 90 procent och andelen deltidsanställda män enbart är 10 procent. Det förhållandet att det inte finns några eventu-

62 — Vad gäller den nationella domstolens uppfattning, se punkt 74 i detta förslag till avgörande, vad gäller motsatt uppfattning, som framförts av den österrikiska regeringen, se punkt 73 i detta förslag till avgörande.

63 — Se dom av den 26 september 2000 i mål C-322/98, Kachelmann (REG 2000, s. I-7505), punkt 23, och av den 6 april 2000 i mål C-226/98, Jørgensen (REG 2000, s. I-2447), punkt 29. Se vidare dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka Kaufhaus (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), punkterna 29–31, och av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743), punkt 12, domen i målet Steinicke (se ovan fotnot 28), punkt 57, och dom av den 20 mars 2003 i mål C-187/00, Kutz-Bauer (REG 2003, s. I-2741), punkt 50. Förbudet mot indirekt diskriminering med avseende på arbetsvillkoren följer dessutom även av artikel 2.1 i direktiv 76/207.

ellt subsidiärt tillämpliga bestämmelser om arbetstid för deltidsanställda påverkar därför kvinnor i betydligt högre grad än män.

93. Såsom kommissionen med rätta har gjort gällande kan heltidsanställda och deltidsanställda emellertid inte jämföras på den här avgörande punkten. Arbetstidens omfattning kan nämligen inte bestämmas individuellt vid heltidsarbete i Österrike. Antalet arbetstimmar regleras i 3 § AZG, i vilken den lagstadgade ordinarie arbetstiden fastställs, eller i ett mer fördelaktigt kollektivavtal. Vid deltidsarbete förutsätts att arbetstiden avtalas, antingen i form av fasta och regelbundna arbetstider eller i form av varierande arbetstider i den mening som avses med anställningsformen behovsanställning.

94. Även om man, i strid med den uppfattning som har anförts ovan, antar att heltids- och deltidsanställda kan jämföras med varandra på den här relevanta punkten, kan det förhållandet att det saknas en konkret lagstadgad arbetstidsbestämmelse för deltidsanställda motiveras av sakliga skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön. Strävan efter flexibla arbetsvillkor syftar nämligen till att främja sysselsättningen och följaktligen även till att förbättra levnads- och arbetsvillkoren. Som förklarats ovan behöver inte heller det förhållandet att det saknas en lagstadgad bestämmelse nödvändigtvis vara till nackdel för deltidsanställda. [64]

95. Sammanfattningsvis kan därför konstateras att en sådan lagstiftning som den österrikiska AZG, som saknar en eventuellt subsidiärt tillämplig bestämmelse om arbetstidens omfattning och förläggning för deltidsanställda, inte utgör någon förbjuden diskriminering på grund av kön i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 76/207.

F — *Den tredje frågan: Diskriminering i anställningsavtalet*

96. Den nationella domstolens tredje fråga avser den konkreta utformningen av anställningsförhållandet i målet vid den nationella domstolen. Frågan har ställts för att få klarhet i huruvida det föreligger förbjuden diskriminering enligt gemenskapsrätten när det inte föreskrivs fasta arbetstider som har avtalats på förhand i ett sådant avtal som det ramanställningsavtal om behovsanställning som P&C tillämpar.

64 — Se punkterna 83–85 i detta förslag till avgörande.

97. I detta sammanhang skall återigen det (könsneutrala) förbudet mot diskriminering mellan deltids- och heltidsanställda och förbudet mot (indirekt) diskriminering på grund av kön undersökas.

1. Förbudet mot diskriminering av deltidsanställda

98. Vid första anblicken motsvarar anställningsformen behovsanställning som tillämpas av P&C inte nödvändigtvis den klassiska föreställningen om deltidsarbete. Begreppet deltidsarbetande i den mening som avses i ramavtalet om deltidsarbete har emellertid en mycket vidsträckt innebörd. I klausul 3 punkt 1 i detta ramavtal definieras en deltidsarbetande som en anställd vars normala arbetstid, beräknad på veckobasis eller som ett genomsnitt över en period på upp till ett år, understiger den normala arbetstiden för en jämförbar heltidsarbetande. Av handlingarna i målet framgår att så var fallet avseende Nicole Wippel. En sådan arbetstagare som Nicole Wippel är följaktligen deltidsarbetande i den mening som avses i ramavtalet och omfattas av dess tillämpningsområde.

99. Enligt klausul 4 punkt 1 i detta ramavtal skall deltidsarbetande inte behandlas mindre förmånligt än jämförbara heltidsarbetande när det gäller anställningsvillkoren, om det inte finns objektiva skäl för den annorlunda behandlingen.

100. I det ramanställningsavtal som Nicole Wippel och P&C ingick angavs inga fasta arbetstider, utan arbetstidens längd och förläggning skulle avtalas mellan parterna från fall till fall i den mening som avses med behovsanställning.

101. En sådan avtalsformulering skiljer sig visserligen avsevärt från den som tillämpas beträffande jämförbara heltidsanställda, för vilka den ordinarie arbetstiden på 38,5 timmar per vecka fastställts på förhand i kollektivavtal.[65] Det återstår emellertid att undersöka om en sådan *särbehandling* i lag även utgör en *diskriminering* av deltidsanställda.

a) Sammanfattning av de argument som framförts

102. Den nationella domstolen, Nicole Wippel och den österrikiska regeringen har

65 — I beslutet om hänskjutande har det i detta hänseende hänvisats till kollektivavtalet för handelsanställda i Österrike. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om detta kollektivavtal är tillämpligt på jämförbara heltidsarbetande, i den mening som avses i klausul 3 punkt 2 i detta ramavtal om deltidsarbete, som arbetar hos P&C.

framför allt argumenterat att en behovsanställning där fasta arbetstider inte avtalats på förhand leder till att den ekonomiska risken överförs från arbetsgivaren till arbetstagaren och till ständiga förhandlingar mellan de båda parterna samt till att arbetstidens omfattning och förläggning lämnas åt arbetsgivarens godtycke.

103. Nicole Wippel har i sina skriftliga och muntliga yttranden också hänvisat till de sociala konsekvenser som den valda anställningsformen kan ha. Om en behovsanställd inte sätts in under en längre period kan detta användas som medel för att reducera dennes semesterersättning, dennes ersättning vid sjukdom och graviditet samt dennes rätt till avgångsvederlag vid anställningens upphörande i det närmaste till noll och intet. Om en arbetstagare inte erhåller någon lön under en lönebetalningsperiod skall han/hon dessutom avregistreras från den regionala sjukkassan. Anställningsformen behovsanställning möjliggör dessutom för arbetsgivaren att kringgå det lagstadgade uppsägningsskyddet.

104. P&C har invänt att anställningsformen behovsanställning är mycket omtyckt bland dess medarbetare och att den också förespråkas ivrigt av arbetstagarrepresentationen (företagsrådet). Arbetstidens omfattning avtalas i det enskilda fallet med beaktande av den förväntade omsättningen eller arbetsbehovet, å ena sidan, och arbetstagarens önskemål, å andra sidan. Klaganden informerades om för- och nackdelarna med en sådan bestämmelse. Det betonades också att ramavtalet inte garanterade klaganden någon inkomst och att hon hade rätt att avvisa erbjudet arbete i det enskilda fallet, utan att detta medförde någon nackdel för henne. Klaganden behövde inte heller acceptera erbjudet arbete vid någon tidpunkt. Behovsanställda hade rätt till 30 arbetsdagars betald semester per år, till särskild ersättning som fastställts i kollektivavtal, till lagstadgat avgångsvederlag och till ersättning vid sjukdom. Behovsanställda var dessutom socialförsäkrade. Det kan inte vara fråga om att företagets risk övervältrades på arbetstagarna i strid med god sed.

b) Tolkning av diskrimineringsförbudet

105. Förbudet mot diskriminering av deltidsarbetande enligt klausul 4 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete skall tolkas och tillämpas mot bakgrund av bestämmelsens sammanhang och syfte. [66]

66 — Se i detta hänseende punkterna 76–78 i detta förslag till avgörande.

i) Inget generellt missgynnande av deltidsarbetande

106. En anställningsform, där fasta arbetstider inte avtalats på förhand, kan visserligen vara till nackdel för arbetstagare som är beroende av en regelbunden inkomst som uppgår till ett visst belopp eller som lägger vikt vid att veta sina arbetstider på förhand. Samma anställningsform kan emellertid vara till fördel för arbetstagare som enbart kan eller vill arbeta oregelbundna tider eller i varierande omfattning eller som enbart söker extrainkomster.[67] Den positiva inställning som P&C:s företagsråd, som är en arbetstagarrepresentation, har till anställningsformen behovsanställning tyder också på att en sådan anställningsform inte enbart är till fördel för arbetsgivaren och till nackdel för arbetstagaren.

107. Mot denna bakgrund kan en anställningsform, där fasta arbetstider inte avtalats på förhand, inte i allmänhet anses vara till nackdel för deltidsanställda. Detta skulle nämligen stå i strid med målen att uppnå en flexibel organisation av arbetstiden och att främja sysselsättningen, som ligger till grund för ramavtalet för deltidsarbete, och skulle inte ta tillräcklig hänsyn till vissa arbetstagares intressen.[68]

ii) Fullgott socialt skydd och förbud mot missbruk

108. Vid tillämpningen och tolkningen av förbudet mot missgynnande i det enskilda fallet måste emellertid även målet att åstadkomma ett fullgott socialt skydd[69] beaktas och tillräcklig hänsyn tas till arbetstagarnas intressen.

109. Detta mål kräver att arbetsgivaren vid anställningen av en arbetstagare försäkrar sig om att denne har tillräcklig kännedom om för- och nackdelarna med en anställningsform, där fasta arbetstider inte avtalats på förhand, och om att dessa för- och nackdelar är förenliga med arbetstagarens intressen. Om så behövs, skall arbetsgivaren lämna sådan information till arbetstagaren. I förevarande fall är det ostridigt att noggrann information lämnades till Nicole Wippel innan hon anställdes och att hon själv angav att hon inte var beroende av en regelbunden

67 — Se punkt 84 i detta förslag till avgörande och de exempel som nämns där.

68 — För exempel, se punkt 84 i detta förslag till avgörande.

69 — Artikel 136.1 EG och punkt 10 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.

inkomst. Enligt de uppgifter som P&C har lämnat, och som inte har bestridits, tillämpades anställningsformen behovsanställning uteslutande på medarbetare som inte var beroende av regelbunden inkomst.

110. Ur målet att åstadkomma ett fullgott socialt skydd kan även ett förbud mot missbruk, som gäller under hela anställningsperioden, härledas. Om en arbetsgivare på ett oegentligt sätt underlåter att erbjuda den behovsanställde arbete kan detta nämligen, såsom Nicole Wippel anfört, ha sociala konsekvenser för exempelvis förekomsten eller beräkningen av vissa rättigheter som är knutna till anställningsförhållandet, som semesterersättning, ersättning vid sjukdom och graviditet eller sjukförsäkringsskydd. Ett sådant missbruk föreligger om — utan sakliga skäl — vissa arbetstagare erbjuds arbete, medan andra, mot sin vilja, inte erbjuds något arbete alls eller enbart i mycket begränsad omfattning.

111. Man kan emellertid inte dra slutsatsen att en anställningsform, där fasta arbetstider inte avtalats på förhand, *i allmänhet* medför nackdelar för deltidsanställda bara därför att det föreligger en abstrakt risk för missbruk från arbetsgivarens sida. Om en arbetsgivare i strid med god tro underlåter att erbjuda en arbetstagare arbete bedöms detta nämligen på samma sätt som alla andra missbruk från arbetsgivarens sida under anställningsförhållandet och sanktionsåtgärder kan vidtas mot deras beteende enligt medlemsstaternas nationella arbetsrättslagstiftning.[70] Ramavtalet om deltidsarbete lämnar ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende åt medlemsstaterna och deras domstolar. Beroende på hur nationell lagstiftning är utformad kan missbruk exempelvis leda till skadeståndsanspråk, till en rätt att utverka ett förbud eller till andra anspråk för arbetstagaren.

112. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om det föreligger ett sådant missbruk i det aktuella fallet. Nicole Wippel har i målet vid den nationella domstolen inte gjort gällande att så skulle vara fallet.

c) Delslutsats

113. Mot bakgrund av ovanstående föreligger det inte någon förbjuden diskriminering av deltidsarbetande, i den mening som avses i klausul 4 punkt 1 i ramavtalet om deltidsarbete, när fasta arbetstider inte avta-

70 — Jämför klausul 6 punkt 5 i ramavtalet om deltidsarbete, enligt vilken tvister och klagomål skall behandlas i enlighet med nationell lag, nationella kollektivavtal och nationell praxis.

lats på förhand i ett ramavtal, under förutsättning att arbetstagaren var tillräckligt medveten om för- och nackdelarna med denna anställningsform och att arbetsgivaren inte därefter på ett oegentligt sätt underlåter att erbjuda arbetstagaren arbete.

2. Förbudet mot diskriminering på grund av kön

114. Det återstår att undersöka om anställningsformen behovsanställning, där fasta arbetstider inte avtalats på förhand, som P&C tillämpar, medför diskriminering på grund av kön i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 76/207.

115. Denna anställningsform är förvisso könsneutral, den kan nämligen tillämpas på både kvinnliga och manliga arbetstagare. Enligt fast rättspraxis medför emellertid även en bestämmelse indirekt diskriminering om den — trots att den är neutralt formulerad — faktiskt missgynnar en mycket högre procentandel av det ena könet om särbehandlingen inte är befogad av sakliga skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön. [71]

a) Kvinnor missgynnas inte

116. Enbart det förhållandet att andelen kvinnor bland en viss kategori anställda, som till exempel bland behovsanställda, är betydligt högre än andelen män innebär inte att det förekommer ett missgynnande av kvinnor på grund av kön. För att kunna fastställa om missgynnande förekommit krävs däremot en jämförelse med andra kategorier av anställda i samma företag.

117. P&C har i sina skriftliga yttranden, utan att på denna punkt ha motsagts, anfört att andelen kvinnor bland de behovsanställda i deras företag är 84,84 procent, medan andelen kvinnor bland hel- och deltidsanställda med *fast* arbetstid är 75,82 procent. På en fråga som ställdes under förhandlingen svarade P&C att andelen kvinnor bland heltidsanställda uppgår till cirka 65 procent, medan andelen kvinnor bland deltidsanställda — både deltidsanställda med fast arbetstid och behovsanställda — uppgår till cirka 85 procent. [72]

71 — Se punkt 91 i detta förslag till avgörande och den rättspraxis som nämnts i fotnot 62.

72 — Enligt vad som anförts av P&C hänför sig de senast nämnda procentsatserna på 65 och 86 procent till P&C:s verksamhet i Tyskland och Österrike.

118. Även om det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om sådan statistik är godtagbar,[73] är domstolen, som skall ge den nationella domstolen ett användbart svar, behörig att lämna upplysningar av sådant slag att den nationella domstolen kan avgöra målet.

119. Andelen kvinnor bland behovsanställda och andelen kvinnor bland alla deltidsanställda med fast arbetstid skiljer sig praktiskt taget inte åt, utan uppgår till cirka 84–85 procent. Vid en jämförelse mellan behovsanställda och hel- och deltidsanställda med fast arbetstid, framgår att andelen kvinnliga arbetstagare bland de behovsanställda är cirka 10 procent högre (84,84 procent jämfört med 75,82 procent). Vid en jämförelse mellan alla deltidsanställda och de heltidsanställda framgår att en överväldigande majoritet av de heltidsanställda utgörs av kvinnor, men att denna andel, som uppgår till cirka 65 procent, är ungefär 20 procent lägre än andelen kvinnor bland de deltidsanställda.

120. Dessa uppgifter visar att andelen kvinnliga arbetstagare hos P&C genomgående är hög bland alla kategorier av anställda. Därför påverkar alla de anställningsformer som P&C tillämpar (heltidsanställning, deltidsanställning med fast arbetstid, eller behovsanställning) framför allt kvinnor.

121. I förevarande mål har framför allt det förhållandet att fast arbetstid inte har avtalats på förhand diskuterats, varför jämförelsen mellan arbetstagare som *har fast arbetstid* (oberoende av om det rör sig om deltids- eller heltidsanställda) och arbetstagare som *inte har fast arbetstid* är av särskild betydelse. Andelen kvinnor bland dessa båda kategorier av anställda skiljer sig enbart åt med cirka 10 procent. Domstolen har i domen i målet Seymour-Smith och Perez ansett att en sådan skillnad saknar betydelse.[74] Mot bakgrund av vad som anförts, anser jag att det förhållandet att fast arbetstid har fastställts för heltidsanställda och vissa deltidsanställda hos P&C, men inte för behovsanställda, inte utgör någon diskriminering på grund av kön.

122. Generellt gäller att det inte föreligger någon förbjuden diskriminering på grund av kön, i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 76/207, när en anställningsform, där fast arbetstid inte avtalats på förhand, inte i

73 — Dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkt 62.

74 — Se punkterna 63 och 64 i domen i det ovan i fotnot 73 angivna målet.

betydligt högre grad påverkar arbetstagare av det ena könet än andra anställningsformer.

b) I andra hand: Huruvida särbehandlingen är motiverad

123. Även om den nationella domstolen anser att anställningsformen behovsanställning som P&C tillämpar påverkar kvinnor i betydligt högre grad än andra anställningsformer och därmed medför en särbehandling på grund av kön, skall det vidare prövas om särbehandlingen är motiverad av sakliga skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön.

124. Såsom redan anförts kan anställningsformen behovsanställning inte generellt sett anses vara till nackdel för de berörda.[75] En flexibel anställningsform kan däremot vara befogad av sakliga skäl, särskilt av arbetstagarens önskemål att arbeta oregelbundna tider och i varierande omfattning. I ett sådant fall saknar det förhållandet att fast arbetstid inte har avtalats på förhand samband med (indirekt) diskriminering på grund av kön.

125. Det kan emellertid förhålla sig annorlunda om arbetstagare av det ena könet i betydligt högre grad påverkas av anställningsformen behovsanställning än av andra anställningsformer och inte erhåller tillräckligt med information om för- och nackdelar med denna anställningsform vid anställningen. I sådana fall finns en betydande risk för att de anställningsvillkor som avtalats inte är förenliga med arbetstagarens intressen och därför strider mot diskrimineringsförbudet. Samma sak gäller om en arbetsgivare i strid med god tro underlåter att erbjuda sådana arbetstagare arbete under anställningsförhållandet.[76]

G — *Den fjärde frågan: Kompensation för eventuell diskriminering*

126. Den nationella domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i hur eventuell diskriminering skall kompenseras ekonomiskt.

127. Om den andra och den tredje frågan besvaras på det sätt som föreslagits ovan är det inte nödvändigt att besvara den fjärde frågan.

75 — Punkterna 106 och 107 i detta förslag till avgörande.

76 — Punkterna 109 och 110 i detta förslag till avgörande.

VI — Förslag till avgörande

128. Mot bakgrund av vad jag ovan anfört föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Oberster Gerichtshof (Österrike) har ställt på följande sätt:

1) Gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, som antogs vid Europeiska rådets möte i Strasbourg den 9 december 1989, är inte rättsligt bindande. Den skall emellertid användas som vägledning vid tolkningen av gemenskapsbestämmelser.

2) Inom ramen för artikel 141 EG, 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, rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor och gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter omfattar begreppet arbetstagare varje person som till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar utför arbete i utbyte mot vilket han får ersättning, under förutsättning att det rör sig om faktiskt och verkligt arbete, eller arbete som inte är av så begränsad omfattning att det framstår som ett marginellt komplement. Huruvida konkreta, fasta arbetstider blivit bestämda på förhand saknar i sammanhanget betydelse.

Begreppet arbetstagare i den mening som avses i klausul 2 punkt 1 i bilagan till rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om

deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS fastställs med ledning av den lagstiftning, de kollektivavtal och den praxis som gäller i varje medlemsstat.

3) En sådan lagstiftning som den österrikiska lagen om arbetstider, som inte innehåller någon eventuellt subsidiärt tillämplig bestämmelse om arbetstidens omfattning och förläggning för deltidsanställda, utgör varken förbjuden diskriminering av deltidsanställda i den mening som avses i klausul 4 punkt 1 i bilagan till direktiv 97/81 eller förbjuden diskriminering på grund av kön i den mening som avses i artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

4) Det förhållandet att fasta arbetstider inte på förhand har fastställts i ett ramanställningsavtal utgör inte någon förbjuden diskriminering av deltidsarbetande i den mening som avses i klausul 4 punkt 1 i bilagan till direktiv 97/81, under förutsättning att arbetstagaren var tillräckligt medveten om för- och nackdelarna med denna anställningsform och att arbetsgivaren inte senare på ett oegentligt sätt underlåter att erbjuda arbetstagaren arbete i strid med god tro.

Det utgör inte någon förbjuden diskriminering på grund av kön, i den mening som avses i artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, när en anställningsform, enligt vilken fast arbetstid inte blivit bestämd på förhand, inte i betydligt högre grad påverkar arbetstagare av det ena könet än andra anställningsformer.