

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

8. juni 2004*

I sag C-220/02,

angående en anmodning, som Oberster Gerichtshof (Østrig) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten

mod

Wirtschaftskammer Österreich,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 141 EF og 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 (EFT L 45, s. 19),

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, J.-P. Puissechet (refererende dommer) og J.N. Cunha Rodrigues samt dommerne R. Schintgen, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr og R. Silva de Lapuerta,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten ved Referent der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich K. Mayr

- Wirtschaftskammer Österreich ved O. Körner, som befuldmægtiget

- den østrigske regering ved C. Pesendorfer, som befuldmægtiget

- Kommissionen for De Europæiske Fælleskaber ved N. Yerell og H. Kreppel, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 3. februar 2004 er afgivet mundtlige indlæg af Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten ved K. Mayr, af Wirtschaftskammer Österreich ved H. Aubauer og H. Kaszanits, som befuldmægtigede, af den østrigske regering ved G. Hesse, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved H. Kreppel,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 12. februar 2004,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Ved kendelse af 22. maj 2002, indgået til Domstolen den 14. juni 2002, har Oberster Gerichtshof i medfør af artikel 234 EF forelagt tre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 141 EF og 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 (EFT L 45, s. 19).

- 2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag anlagt af Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (østrigsk fagforening for privatansatte — herefter »Gewerkschaftsbund«) mod Wirtschaftskammer Österreich, Østrigs Erhvervskammer, angående et krav om lige fratrædelsesgodtgørelser for mandlige og kvindelige arbejdstagere.

De relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelser

- 3 Artikel 141, stk. 1 og 2, EF bestemmer:

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

2. Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.«

4 Artikel 1 i direktiv 75/117 bestemmer:

»Det i artikel 119 i traktaten [nu artikel 141 EF] 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.

Især når et fagligt klassifikationssystem anvendes for lønfastsættelsen, må dette system bygge på samme kriterier for mandlige og kvindelige arbejdstagere og indrettes således, at det udelukker forskelsbehandling med hensyn til køn.«

Nationale bestemmelser

- 5 De relevante nationale retsregler, således som de er beskrevet i forelæggelseskendelsen, bestemmer følgende.

Medregning af orlovsperioder i forbindelse med graviditet og fødsel ved beregning af fratrædelsesgodtgørelse

- 6 I henhold til bestemmelserne i § 23 i Angestelltengesetz (den østrigske funktionærlov, BGBl 1921, s. 292, ændret ved BGBl 2002, s. 100, herefter »AngG«), der i henhold til § 2, stk. 1, i Arbeiter-Abfertigungsgesetz (lov om fratrædelses-

godtgørelse til arbejdere) også gælder for arbejdere, har arbejdstagere krav på en fratrædelsesgodtgørelse, såfremt visse betingelser er opfyldt. Størrelsen af denne godtgørelse afhænger bl.a. af ansættelsesforholdets varighed.

- 7 I henhold til § 3, stk. 1, i Mutterschutzgesetz 1979 (østrigsk lov om beskyttelse af mødre, BGBl 1979, s. 221, ændret ved BGBl 2002, s. 100, herefter »MSchG«) må gravide ikke arbejde de sidste otte uger inden det forventede fødselstidspunkt. Yderligere følger det af MSchG's § 3, stk. 3, at gravide heller ikke må arbejde uden for denne otte-ugers frist, såfremt fortsat arbejde udgør en trussel mod moderens eller barnets liv eller helbred.
- 8 I henhold til MSchG's § 5, stk. 1, må kvindelige arbejdstagere ikke arbejde i otte uger efter fødslen. I tilfælde af for tidlig fødsel, flerfoldsfødsel eller kejsersnit er denne frist mindst tolv uger.
- 9 Ifølge den afgørelse, som Oberster Gerichtshof har truffet i sag 9 ObA 199/00f, skal perioder, der er omfattet af de nævnte arbejdsforbud, medregnes ved beregningen af ansættelsesforholdets varighed med henblik på at fastsætte fratrædelsesgodtgørelsens størrelse. Retten begrundede bl.a. sin afgørelse med, at der ikke findes modstående bestemmelser i lovgivningen.
- 10 I tilslutning til disse perioder har en kvindelig arbejdstager ifølge MSchG's § 15, stk. 1, efter begæring krav på orlov uden løn, indtil barnet er fyldt to år, såfremt hun og barnet har fælles bopæl. Ifølge MSchG's § 15, stk. 2, skal forældreorloven være af mindst tre måneders varighed. Inden for denne orlovsperiode nyder arbejdstageren

beskyttelse mod opsigelse og afskedigelse. Ifølge bestemmelsens stk. 4 nyder den pågældende samme beskyttelse i en periode på fire uger efter orlovsperiodens udløb.

- 11 MSchG's § 15f, stk. 1, bestemmer, at »[s]åfremt ikke andet er aftalt, tages der ikke hensyn til perioder, i hvilke den kvindelige arbejdstager har afholdt [forældre]orlov, for så vidt angår retskrav, der afhænger af ansættelsesperiodens længde.«

Medregning af varigheden af militærtjeneste ved beregning af fratrædelsesgodtgørelse

- 12 § 8 i Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz (østrigsk lov om sikring af arbejdspladser, BGBl 1991, s. 683, ændret ved BGBl I, 1998, s. 30, herefter »APSG«) bestemmer, at »såfremt en arbejdstagers rettigheder afhænger af ansættelsesforholdets varighed, medregnes perioder med

1. militærtjeneste i henhold til § 27, stk. 1, nr. 1-4 og nr. 6-8, i Wehrgesetz (lov om forsvar, nu § 19, stk. 1, nr. 1-4, og nr. 6-8, i Wehrgesetz 2001)
2. militærtjeneste som kontraktansat soldat i henhold til § 27, stk. 1, nr. 5, i Wehrgesetz (nu § 19, stk. 1, nr. 5, i Wehrgesetz 2001) i indtil 12 måneder
3. militær uddannelsestjeneste forbeholdt kvinder og

4. civil arbejdstjeneste,

såfremt ansættelsesforholdet herunder har været opretholdt, som ansættelsesperioder.«

- 13 APSG's § 12 giver i disse perioder de omfattede arbejdstagere en særlig beskyttelse mod opsigelse eller afskedigelse. Beskyttelsen er gældende fra det tidspunkt, hvor den pågældende får meddelelse om indkaldelsen til militærtjeneste, militær uddannelsestjeneste forbeholdt kvinder eller civil arbejdstjeneste, og normalt indtil én måned efter, at tjenesten er afsluttet, jf. APSG's § 13, stk. 1, nr. 3.
- 14 I henhold til § 20, stk. 1, i Wehrgesetz 2001 har alle værnepligtige pligt til at aftjene en militærtjeneste af seks måneders varighed. Hvis det er nødvendigt ud fra militære hensyn, kan værnepligtige pålægges tjeneste i en yderligere periode, i overensstemmelse med de pågældende militære behov, dog højst i otte måneder i alt.
- 15 Til den nævnte tjenesteperiode skal tilføjes perioder med troppeøvelser, som de værnepligtige skal gennemføre for at vedligeholde deres uddannelsesniveau og med henblik på undervisning i indsatsopgaver, jf. § 19, stk. 1, nr. 2, i Wehrgesetz 2001. De enkelte øvelser fastsættes under hensyn til de militære behov og må normalt ikke vare mere end femten dage om året.

- 16 Der kan på tilsvarende måde tages hensyn til andre perioder, således bl.a. perioder med befalingsmandsøvelser, jf. § 19, stk. 1, nr. 3, i Wehrgesetz 2001. Disse perioder kan enten være frivillige eller afvikles som følge af indkaldelse, såfremt de er begrundede ud fra militære behov. Formålet med befalingsmandsøvelser er at uddanne værnepligtige til at varetage lederfunktioner samt at bevare og uddybe allerede opnåede kundskaber. I henhold til § 21, stk. 1, nr. 1, er den obligatoriske varighed af disse øvelser 90 dage for så vidt angår officersfunktioner og, i henhold til bestemmelsens nr. 2, 60 dage for så vidt angår øvrige lederfunktioner. Det er dog muligt at melde sig til tjeneste på frivillig basis i indtil dobbelt så lang tid som den periode, den pågældende har aftjent.
- 17 Det følger desuden af § 23, stk. 1, i Wehrgesetz 2001, at værnepligtige, der har gennemført den fulde militære basistjeneste af otte måneders varighed, kan indkaldes til militærtjeneste som »kontraktansat soldat« i højst seks måneder, hvis de frivilligt har udtrykt ønske herom, og hvis det er i overensstemmelse med de militære behov. Under visse forudsætninger kan perioden forlænges med op til fire måneder.
- 18 I henhold til § 37, stk. 1, i Wehrgesetz 2001 kan kvinder også frivilligt og under hensyn til de militære behov melde sig til militær uddannelsestjeneste («Ausbildungsdienst») i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i APSG's § 8, nr. 3, af 12 måneders varighed. Såfremt det er påkrævet ud fra uomgængeligt nødvendige militære hensyn, kan en militær uddannelsestjeneste forlænges med indtil seks måneder. Ifølge stk. 4 i den nævnte § 37 finder bestemmelserne i MSchG's §§ 3-9 om beskyttelsen af gravide og ammende mødre anvendelse på kvinder under militær uddannelsestjeneste.
- 19 Ifølge § 2, stk. 1, i Zivildienstgesetz (lov om civil arbejdstjeneste med forfatningsrang) fra 1986 gennemføres civil arbejdstjeneste af værnepligtige, der er fundet egnede til at yde militærtjeneste, men som erklærer ikke at kunne opfylde deres

forpligtelse hertil, fordi de af samvittighedsgrunde nægter at anvende våben mod mennesker, ud over i tilfælde af personlig nødværge eller for at komme nødstedte til undsætning. Der tages hensyn til varigheden af denne tjeneste ved beregningen af den tidligere udøvede beskæftigelses varighed på samme måde som ved varigheden af militærtjeneste.

- 20 Det skal desuden bemærkes, at der i den nationale lovgivning er fastsat andre orlovsperioder, hvis længde der skal tages hensyn til ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse. Dette er bl.a. tilfældet ved orlov til uddannelse af personalerepræsentanter i medfør af § 119, stk. 1, i Arbeitsverfassungsgesetz (forbundslov om arbejdsforhold og organisation i virksomheder, herefter »ArbVG«) for medlemmer af samarbejdsudvalg.
- 21 Til gengæld bliver der ikke taget hensyn til andre former for orlov. Dette er tilfældet med uddannelsesorlov, der er aftalt mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren i medfør af § 11, stk. 1, i Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (lov om tilpasning af lovgivningen vedrørende arbejdskontrakter, herefter »AVRAG«), og gælder også for en aftale, indgået mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, om arbejdsfrihed uden løn, hvorunder arbejdstageren er berettiget til ydelser fra arbejdsløshedsforsikringen eller fra Arbeitsmarktsservice i henhold til AVRAG's § 12.

Twisten i hovedsagen

- 22 Sagsøgeren i hovedsagen, Gewerkschaftsbund, har anlagt sag ved Oberster Gerichtshof med påstand om, at det fastslås, at den første forældreorlov for arbejdstagere, der befinder sig i et ansættelsesforhold, skal medregnes for et tidsrum af otte måneder ved fastsættelsen af ansættelsesforholdets varighed til brug for beregningen af fratrædelsesgodtgørelsen i lighed med militærtjeneste og civil arbejdstjeneste.

- 23 Ifølge Gewerkschaftsbund udgør den omstændighed, at der i henhold til MSchG's § 15f, stk. 1, ikke tages hensyn til perioder med forældreorlov ved beregningen af den fratrædelsesgodtgørelse, der hjemles i AngG's § 23, i modsætning til perioder, der er tilbagelagt med aftjening af militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste, en indirekte forskelsbehandling i strid med artikel 141 EF.
- 24 De arbejdstagere, der tager forældreorlov, udgør nemlig i 98,253% af tilfældene kvinder, mens mændene samlet set repræsenterer 1,747%. Imidlertid er det alene et mindretal af kollektive overenskomster, der indeholder bestemmelser om, at der skal tages hensyn til sådanne perioder med forældreorlov ved fastsættelsen af ansættelsesforholdets varighed.
- 25 Derimod bliver den militærtjeneste, der er obligatorisk for mænd, henholdsvis den civile arbejdstjeneste, der træder i stedet herfor, fuldt ud taget i betragtning ved de rettigheder, der især beregnes under hensyn til ansættelsesforholdets varighed. Disse former for tjeneste vedrører imidlertid udelukkende mænd. I år 2000 var der f.eks. kun ca. hundrede kvinder, der aftjente den militære uddannelsestjeneste, der er forbeholdt dem.
- 26 Fagforeningen finder, at denne forskel i behandlingen af arbejdstagere, der tager forældreorlov — hovedsageligt kvinder — og arbejdstagere, der aftjener militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste — hovedsageligt mænd — udgør en indirekte forskelsbehandling.
- 27 Oberster Gerichtshof har anført, at en hensyntagen til ulønnede orlovsperioder ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse normalt er udelukket i henhold til lov, såfremt orlovsperioderne tages på arbejdstagerens initiativ, medmindre arbejdstagerens grunde til at tage orlov hviler på tungtvejende hensyn, som ville berettiggere arbejdstageren til selv at bringe ansættelsesforholdet til ophør og samtidig bevare retten til udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse i medfør af de betingelser, der er fastsat i national lovgivning.

- 28 Den forelæggende ret har anført, at for så vidt angår arbejdstagerens beslutning om fortsat selv at passe sit barn efter udløbet af barselsorlovens sekstende uge, har Domstolen allerede i dom af 14. september 1999, Gruber (sag C-249/97, Sml. I, s. 5295, præmis 32 ff.), fastslået, at de i AngG's § 26 og § 82a i Gewerbeordnung 1859 omhandlede tungtvejende hensyn, der kan føre til, at arbejdstageren førtidigt kan bringe ansættelsesforholdet til ophør, ikke omfatter det forhold, at den pågældende selv er nødt til at passe barnet. Domstolen har præciseret, at dette hensyn ikke har forbindelse med arbejdsvilkårene i virksomheden eller med arbejdsgiverens handlemåde, og at det ikke gør det umuligt at fortsætte arbejdet.
- 29 På dette grundlag finder Oberster Gerichtshof det relevant at sammenligne gruppen af forældre, der frivilligt og i deres egen interesse har taget en yderligere orlov til børnepasning, med de arbejdstagere, der beslutter sig for at indstille arbejdet i en længere periode ud fra andre personlige årsager, som dog ikke forhindrer dem i at arbejde, f.eks. pleje af en syg slægtning.
- 30 Den forelæggende ret har anført, at den omstændighed, at lovgivningen giver forældre fordele, idet den giver dem mulighed for ensidigt at tage børnepasningsorlov i stedet for at skulle bringe ansættelsesforholdet til ophør, og desuden tillægger dem en særlig beskyttelse mod afskedigelse, ikke kan anses for at være en forskelsbehandling til skade for kvindelige arbejdstagere.
- 31 Oberster Gerichtshof har dog konstateret, at sagsøgeren i hovedsagen ikke deler denne opfattelse, idet sagsøgeren har undersøgt spørgsmålet om forskelsbehandling ud fra en sammenligning af gruppen af personer på forældreorlov, der ikke får den periode, hvor de ikke udfører deres arbejde, taget i betragtning ved beregning af fratrædelsesgodtgørelse, med den gruppe personer, der modsat får perioder med militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste taget i betragtning ved den pågældende beregning.

De præjudicielle spørgsmål

32 Under disse omstændigheder fandt Oberster Gerichtshof, at afgørelsen af den tvist, der var indbragt for den, afhænger af en fortolkning af de pågældende fællesskabsretlige bestemmelser, og den har derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal begrebet løn i artikel 141 EF samt i artikel 1 i direktiv 75/117 [...] fortolkes således, at det tillige omfatter generelle lovbestemmelser, som f.eks. APSG's § 8, hvorefter der med henblik på fastsættelsen af arbejdsretlige krav, som afhænger af varigheden af private ansættelsesforhold, skal tages hensyn til tjenesteperioder, som i det offentlige interesse tilbagelægges inden for de områder, der i bestemmelsen er defineret som opfyldelse af offentlige opgaver, og hvorunder det normalt ikke er muligt at opfylde privatretlige arbejdsforpligtelser?

- 2) Skal artikel 141 EF samt artikel 1 i direktiv 75/117 [...] fortolkes således, at ligelønsprincippet fører til, at gruppen af arbejdstagere, der er omfattet af § 8 i APSG (gruppe A), ved et lønsystem, der omfatter en godtgørelse, som er afpasset efter arbejdsforholdets varighed, og som i det væsentlige er begrundet i arbejdstagernes hidtidige loyalitet over for virksomheden, i form af en overgangsydelse i tilfælde af, at ansættelsesforholdet konkret bringes til ophør, uden at dette skyldes, at arbejdstageren har tungtvejende grunde hertil, og heller eller ikke er begrundet i arbejdstagerens forhold, i hvilken forbindelse ansættelsesforholdets enkelte perioder tillægges en fuldt ud selvstændig karakter, og hvorefter der kan bortses fra orlovsperioder uden løn, såfremt disse perioder er tilbagelagt i arbejdstagerens interesse og på dennes initiativ, og disse grunde ikke er omfattet af de hensyn, som berettiger arbejdstageren til selv at ophæve ansættelsesforholdet med ret til godtgørelse, er sammenlignelig med den gruppe af kvindelige arbejdstagere, der i henhold til bestemmelsen i § 15 [i]

Mutterschutzgesetz efter udløbet af den sædvanlige 16-ugers barselsorlov beslutter at tage forældreorlov uden løn med henblik på barnepasning (»børnepasningsorlov«) — maksimalt — indtil barnet er fyldt to år (gruppe B)?

3) Skal artikel 141 EF samt artikel 1 i direktiv 75/117 [...] fortolkes således, at de forskelle mellem de grupper af arbejdstagere, der er nævnt i spørgsmål 2, og som navnlig består i, at gruppe A, som omfatter »personer, der aftjener militærtjeneste«,

— normalt har pligt til at »tiltræde tjeneste«, men at forholdet også for så vidt angår frivillig tjeneste er, at

— tiltrædelsen af tjenesten alene er bestemt af det offentliges interesse heri, og at

— der sædvanligvis ikke samtidig kan erlægges arbejdsydelse i et — eventuelt yderligere — privatretligt tjenesteforhold,

mens »forældreorlov« til mandlige eller kvindelige arbejdstagere i gruppe B

— alene hviler på arbejdstagerens egen beslutning om, hvorvidt denne ønsker at gøre brug af sin ret til at tage forældreorlov fra et bestemt ansættelsesforhold med henblik på at passe sit barn, og

- i denne forældreorlovsperiode, foruden barnepasning, i begrænset omfang kan tage beskæftigelse i et privat ansættelsesforhold,

kan anses for en objektiv begrundelse for, at disse perioder medregnes forskelligt i henseende til krav, der er begrundet i ansættelsesforholdets varighed?»

Det første spørgsmål

- 33 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den fordel, der ydes personer, der aftjener militærtjeneste eller i stedet herfor obligatorisk civil arbejdstjeneste, der frivilligt kan forlænges, idet der tages hensyn til varigheden af disse former for tjeneste ved beregningen af en fratrædelsesgodtgørelse, som disse personer på et senere tidspunkt efter omstændighederne kan gøre krav på, skal betragtes som en del af deres løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF.

Indlæg til Domstolen

- 34 Gewerkschaftsbund, den østrigske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anført, at den ret til en større fratrædelsesgodtgørelse som den, der følger af APSG's § 8, til fordel for personer, der har aftjent militærtjeneste eller en tilsvarende tjeneste, skal ligesom fratrædelsesgodtgørelsen (jf. Gruber-dommen, præmis 22, og dom af 27.1.2000, sag C-190/98, Graf, Sml. I, s. 493, præmis 14) anses for at være et lønelement.

- 35 Derimod finder Wirtschaftskammer Österreich, at den private arbejdsgivers forpligtelse til ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse at tage hensyn til perioder, hvor ansættelsesforholdet er stillet i bero, ikke er omfattet af begrebet løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF eller direktiv 75/117.

Domstolens besvarelse

- 36 Det er ubestridt mellem parterne i hovedsagen og bestrides heller ikke af den østrigske regering eller af Kommissionen, at tvisten i hovedsagen drejer sig om varigheden af ansættelsesforhold til en arbejdsgiver, og at der skal tages hensyn til denne varighed ved beregningen af størrelsen af fratrædelsesgodtgørelsen, der er omfattet af begrebet løn (jf. i denne retning Gruber-dommen, præmis 22).
- 37 Den omstændighed, at varigheden i medfør af en lovbestemmelse kan blive længere, idet der tages hensyn til militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste, der er aftjent i det offentlige interesse og uden forbindelse til den ansættelse, som danner grundlag for den tildelte godtgørelse, er uden betydning for den pågældende godtgørelses karakter af løn.
- 38 Idet ordningen for fratrædelsesgodtgørelse falder inden for anvendelsesområdet for artikel 141 EF, kan de særlige tilfælde, der vedrører forskellige arbejdstagere i forhold til denne ordning, følgelig behandles efter bestemmelserne i denne artikel.
- 39 Det første spørgsmål skal derfor besvares således, at den fordel, som ydes personer, der aftjener militærtjeneste eller i stedet herfor obligatorisk civil arbejdstjeneste, der frivilligt kan forlænges, idet der tages hensyn til varigheden af disse former for tjeneste ved beregningen af en fratrædelsesgodtgørelse, som de pågældende på et senere tidspunkt efter omstændighederne kan gøre krav på, skal betragtes som en del af deres løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF.

Det andet og det tredje spørgsmål

- 40 Med det andet og det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 141 EF og direktiv 75/117 er til hinder for, at der ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse med henblik på fastsættelsen af ansættelsesforholdets varighed tages hensyn til varigheden af militærtjeneste eller tilsvarende civil arbejdstjeneste, der hovedsageligt aftjenes af mænd, men ikke til varigheden af forældreorlov, der som oftest tages af kvinder.

Indlæg til Domstolen

- 41 Gewerkschaftsbund har gjort gældende, at der ifølge Oberster Gerichtshofs faste praksis normalt skal tages hensyn til ulønnede perioder ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse, så længe arbejdsforholdet bevares.
- 42 Ifølge sagsøgeren i hovedsagen er der ikke nogen reel forskel på gruppe A, der omfatter arbejdstagere, som aftjener militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste, og gruppe B, der omfatter arbejdstagere på forældreorlov, således som disse grupper er defineret i det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål.
- 43 Det er således ikke korrekt fremstillet, at forældreorlov, idet den er udtryk for »ønsket om fortsat selv at passe sit barn« — til forskel fra militærtjeneste, der aftjenes i det offentlige interesse — tages på frivillig basis og derfor udelukkende modsvarer den pågældendes egen interesse.

- 44 For det første kan en militærtjeneste forlænges med frivillige perioder. For det andet kan det være nødvendigt for kvinder at tage forældreorlov, såfremt der er få pladser i børneinstitutionerne, samt fordi mænd er mindre tiltrukket af en sådan orlov, og en tilsidesættelse af forpligtelsen til at passe og opdrage sine børn er strafbar.
- 45 Ifølge sagsøgeren i hovedsagen er de to grupper desuden i samme situation med hensyn til deres muligheder for at arbejde i løbet af den pågældende periode.
- 46 På baggrund heraf finder Gewerkschaftsbund, at under henvisning til princippet om lige løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF eller i artikel 1 i direktiv 75/117, er den gruppe arbejdstagere, der er omfattet af APŠG's § 8, sammenlignelig med gruppen af kvindelige arbejdstagere, der henhører under MSchG's § 15, og at det må konstateres, at den anden gruppe udsættes for en uberettiget forskelsbehandling i forhold til den første.
- 47 Ifølge Wirtschaftskammer Österreich er det ikke muligt at sammenligne gruppe A, der omfatter personer, som aftjener militærtjeneste, og gruppe B, der omfatter personer på forældreorlov, for så vidt som de af lovgiver tilstræbte mål er forskellige for bestemmelserne vedrørende hver af de to grupper, hvorfor man ikke kan opfatte deres situationer som sammenlignelige.
- 48 I forelæggelseskendelsen har Oberster Gerichtshof anført, at det ifølge de østrigske bestemmelser om krav på fratrædelsesgodtgørelse er tilladt, at der ikke tages hensyn til varigheden af forældreorlov, da denne orlov tages på arbejdstagerens initiativ og i dennes interesse.

- 49 Derimod er arbejdstagerens interesser uden relevans for de obligatoriske former for tjeneste, der er omfattet af APSG's § 8. Med hensyn til tjeneste, der aftjenes på frivillig basis, hvilket også omfatter militær uddannelsesstjeneste forbeholdt kvinder, er det alene statens militære behov, der er afgørende for, om den kan aftjenes. I dette tilfælde afbrydes arbejdsforholdet af hensyn til offentlige og primært militære interesser.
- 50 Under disse omstændigheder er den forskellige behandling af gruppe A og B i overensstemmelse med artikel 141 EF og artikel 1 i direktiv 75/117.
- 51 Wirtschaftskammer Österreich har endvidere anført, at den primære grund til, at man ikke kan sammenligne gruppe A og B, er den omstændighed, at personer, der aftjener deres militærtjeneste, behandles ulige direkte på det grundlag, at de tilhører et bestemt køn. Denne ulighed består i, at disse personer, mens militærtjenesten eller den civile arbejdstjeneste varer, ikke alene er udelukket fra adgangen til beskæftigelse, men ligeledes fra erhvervsuddannelse og forfremmelse, hvilket stiller dem ringere i forhold til kvinder. I dom af 7. december 2000, Schnorbus (sag C-79/99, Sml. I, s. 10997), og dom af 11. marts 2003, Dory (sag C-186/01, Sml. I, s. 2479), er det blevet fastslået, at det er foreneligt med fællesskabsretten, at der tildeles fordele til mænd som kompensation for denne ulighed.
- 52 Den østrigske regering finder heller ikke, at kvindelige arbejdstagere, der tager forældreorlov i medfør af MSchG, og personer, der aftjener militærtjeneste, befinder sig i en sammenlignelig situation.
- 53 Regeringen har anført, at det er objektive hensyn, der forklarer, at der ikke på samme måde tages hensyn til de perioder, hvorunder forpligtelserne i forhold til arbejdsforholdet er suspenderet, ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse, og at denne forskel intet har at gøre med en forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 141 EF.

- 54 Ifølge Kommissionen er det ikke nødvendigt at foretage en sammenligning af de to ordninger for fratrædelsesgodtgørelse, der er gennemgået ovenfor. Den anfører, at Oberster Gerichtshof blot ønsker at vide, om artikel 141 EF og artikel 1 i direktiv 75/117 skal fortolkes således, at de — under henvisning til indirekte forskelsbehandling — er til hinder for nationale bestemmelser som dem, der er fastsat i MSchG's § 15f.
- 55 Kommissionen har anført, at det desuden synes at kunne konstateres, at der foreligger direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, for så vidt som hovedsagen drejer sig om, at der ikke tages hensyn til en orlov, der reelt kun vedrører kvindelige arbejdstagere, idet udelukkelsen som følge af MSchG's § 15f, stk. 1, kun omfatter kvinder. Alligevel har Kommissionen valgt at følge den forelæggende rets opfattelse og har således undersøgt, om der foreligger indirekte forskelsbehandling.
- 56 Vedrørende dette spørgsmål fra den forelæggende ret finder Kommissionen det ikke nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om indirekte forskelsbehandling, der skyldes de forskellige ordninger for fratrædelsesgodtgørelse ved forældreorlov og perioder med militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste. En sammenligning af de to ordninger tilvejebringer på den ene side ingen yderligere argumenter som grundlag for konstateringen af den forskelsbehandling, der allerede er fastslået alene på baggrund af de restriktive bestemmelser i MSchG's § 15f, og gør det på den anden side heller ikke muligt at påvise et objektivt hensyn, der er uden enhver forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn, og som kan berettiggende den pågældende forskelsbehandling.
- 57 Under alle omstændigheder er Kommissionen af den opfattelse, at der ikke findes faktorer, der er objektive og uden enhver forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn, som vil kunne berettiggende den forskelsbehandling af kvinder, der følger af MSchG's § 15f.

Domstolens besvarelse

- 58 Den direkte forskelsbehandling skulle efter Kommissionens opfattelse fremkomme ved, at der for mandlige arbejdstagere ikke findes nogen henvisning til MSchG's § 15f, stk. 1, som bestemmer, at perioder med forældreorlov ikke tages i betragtning. Imidlertid er det ikke bestridt af parterne i hovedsagen og heller ikke af den østrigske regering eller Kommissionen, at den gældende lovgivning er tilstrækkelig til at sikre samme behandling af de mænd og kvinder, der tager forældreorlov.
- 59 For så vidt angår det spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, vedrørende forskellen i behandlingen med hensyn til fratrædelsesgodtgørelse mellem arbejdstagere, der tager forældreorlov, og arbejdstagere, der aftjener militærtjeneste eller civil arbejdstjeneste, bemærkes, at ligeløsprincippet, der er fastsat i artikel 141 EF og i direktiv 75/117, forudsætter, ganske som forbuddet mod forskelsbehandling, som det er en særlig udformning af, at de mandlige og kvindelige arbejdstagere, som det finder anvendelse på, befinder sig i sammenlignelige situationer (jf. dom af 16.9.1999, sag C-218/98, Abdoulaye m.fl., Sml. I, s. 5723, præmis 16, og af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383, præmis 39).
- 60 I det foreliggende tilfælde er forældreorlov en frivillig orlov, som arbejdstageren tager for at opdrage sit barn. Orloven mister ikke sin frivillige karakter som følge af vanskelighederne med at finde egnede pasningsmuligheder til et meget lille barn, hvor beklagelig en sådan situation end måtte være. Denne orlov har ikke samme formål som barselsorlov, da den er omfattet af andre lovbestemmelser og desuden kan tages i andre perioder end dem, der ligger i forlængelse af en barselsorlov.

- 61 I modsætning hertil betragtes aftjening af værnepligt som en borgerpligt, der er foreskrevet ved lov, og den er ikke tilpasset arbejdstagerens egen interesse. Det indgreb, der gøres i arbejdsforholdet i den offentlige interesse, har en generel karakter uafhængigt af virksomhedens størrelse og varigheden af arbejdstagerens ansættelse i denne.
- 62 Under militærtjenesten står den værnepligtige til rådighed for de væbnede styrker for en periode, som han ikke frit vælger. Den særlige karakter af forpligtelsen til at aftjene værnepligt har desuden foranlediget Domstolen til at kende for ret, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at denne forpligtelse i en medlemsstat kun gælder for mænd (jf. Dory-dommen).
- 63 Den omstændighed, at tjenesten frivilligt kan forlænges, bevirker ikke, at den skifter karakter, og ændrer ikke dens formål. Selv om forlængelsen af militærtjenesten således er på frivillig basis, vil en sådan forlængelse stadig være en opfyldelse af et offentligt behov i medfør af APSG, der gør muligheden for forlængelse betinget af tvingende militære behov (APSG's § 8 og §§ 19, 20, 23 og 37 i Wehrgesetz).
- 64 I begge tilfælde er suspensionen af arbejdsforholdet således motiveret ud fra sine egne grunde, nærmere bestemt arbejdstagerens og hans families interesse i tilfælde af forældreorloven og nationens interesse i tilfælde af militærtjenesten. Da disse grunde er forskellige, er de arbejdstagere, der drager fordel af dem, ikke i sammenlignelige situationer.
- 65 I medfør af det foregående skal det andet og det tredje spørgsmål derfor besvares med, at artikel 141 EF og direktiv 75/117 ikke er til hinder for, at der ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse med henblik på fastsættelsen af ansættelsesforholdets varighed tages hensyn til varigheden af militærtjeneste eller tilsvarende

civil arbejdstjeneste, der hovedsageligt aftjenes af mænd, men ikke til varigheden af forældreorlov, der som oftest tages af kvinder.

Sagens omkostninger

- ⁶⁶ De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Oberster Gerichtshof ved kendelse af 22. maj 2002, for ret:

- 1) Den fordel, som ydes personer, der aftjener militærtjeneste eller i stedet herfor obligatorisk civil arbejdstjeneste, der frivilligt kan forlænges, idet**

der tages hensyn til varigheden af disse former for tjeneste ved beregningen af en fratrædelsesgodtgørelse, som disse personer på et senere tidspunkt efter omstændighederne kan gøre krav på, skal betragtes som en del af deres løn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF.

- 2) Artikel 141 EF og 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 er ikke til hinder for, at der ved beregningen af fratrædelsesgodtgørelse med henblik på fastsættelsen af ansættelsesforholdets varighed tages hensyn til varigheden af militærtjeneste eller tilsvarende civil arbejdstjeneste, der hovedsageligt aftjenes af mænd, men ikke til varigheden af forældreorlov, der som oftest tages af kvinder.

Skouris

Jann

Timmermans

Rosas

Puissochet

Cunha Rodrigues

Schintgen

Macken

Colneric

von Bahr

Silva de Lapuerta

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juni 2004.

R. Grass

V. Skouris

Justitssekretær

Præsident