Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 25. juli 2018 [1]

Sag C-437/17

Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH
mod
EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig))

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 45 TEUF – forordning (EU) nr. 492/2011 – arbejdskraftens frie bevægelighed – forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet – ret til årlig betalt ferie – national lovgivning, der fastsætter tildeling af en supplerende årlig betalt ferieuge for arbejdstagere med 25 års anciennitet hos den samme arbejdsgiver«

I. Indledning

1. Med denne anmodning om præjudiciel afgørelse har Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) anmodet Domstolen om at oplyse, om visse bestemmelser i Urlaubsgesetz [2] (den østrigske lov om ferie, herefter »UrlG«) er forenelige med det forbud mod forskelsbehandling på grund af arbejdstageres nationalitet, der er fastsat i artikel 45, stk. 2, TEUF og artikel 7, stk. 1, i forordning (EU) nr. 492/2011 [3] og princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, der er sikret ved artikel 45, stk. 1, TEUF.

2. Bestemmelserne i UrlG, der er genstand for sagen, gør nærmere bestemt tildelingen af en årlig betalt sjette ferieuge betinget af et krav om at have opnået mindst 25 års anciennitet hos den samme arbejdsgiver, nemlig den nuværende arbejdsgiver. Med henblik på beregningen af denne anciennitet tages der ikke desto mindre desuden og i begrænset omfang hensyn til de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved tidligere arbejdsgivere.

3. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse er opstået i forbindelse med en »revisionsanke« mellem Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH (herefter »samarbejdsudvalget«) og EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH vedrørende reglerne for tildeling af den årlig betalte sjette ferieuge. Samarbejdsudvalget er af den opfattelse, at det ifølge EU-retten er et krav, at der tages hensyn til de beskæftigelsesperioder, som arbejdstagere har tilbagelagt ved deres tidligere arbejdsgivere i andre medlemsstater end Republikken Østrig, i samme omfang som de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved den nuværende arbejdsgiver.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Lov af 7.7.1976 (BGB1. 1976 I, s. 390) som offentliggjort i BGB1 2013 I, s. 3.

3 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 5.4.2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen (EUT 2011, L 141, s. 1).

4. I dette forslag til afgørelse vil jeg redegøre for grundene til, at en national lovgivning som UrlG, hvorefter de beskæftigelsesperioder, som en arbejdstager har tilbagelagt ved sine tidligere arbejdsgivere, i forbindelse med tildelingen af en ret til årlig betalt ferie medregnes på en mindre gunstig måde end de beskæftigelsesperioder, som den pågældende har tilbagelagt ved den nuværende arbejdsgiver, efter min opfattelse hverken udgør forskelsbehandling på grund af nationalitet eller en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed. Såfremt Domstolen måtte fastslå, at den medfører en sådan forskelsbehandling eller en sådan hindring, vil jeg subsidiært redegøre for grundene til, at denne lovgivning efter min opfattelse er begrundet.

II. Retsforskrifter

A. Forordning nr. 492/2011

5. Artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 492/2011 bestemmer:

»En arbejdstager, der er statsborger i en medlemsstat, må ikke på grund af sin nationalitet behandles anderledes på de øvrige medlemsstaters område end indenlandske arbejdstagere med hensyn til beskæftigelses- og arbejdsvilkår, navnlig for så vidt angår aflønning, afskedigelse og, i tilfælde af arbejdsløshed, genoptagelse af beskæftigelse i faget eller genansættelse.«

B. Østrigsk ret

6. UrlG's § 2, stk. 1, bestemmer:

»Arbejdstageren har ret til betalt uafbrudt ferie hvert arbejdsår. Arbejdstageren har for en beskæftigelsesperiode under 25 år ret til 30 feriedage og 36 feriedage efter 25 års beskæftigelse.«

7. UrlG's § 3 bestemmer:

»1) Ved beregningen af antallet af feriedage skal de beskæftigelsesperioder, som er tilbagelagt ved samme arbejdsgiver, og som ikke har været afbrudt i mere end tre måneder, lægges sammen.

[…]

2) Ved beregningen af antallet af feriedage skal følgende tages i betragtning:

1. beskæftigelsesperioder, som […] på det nationale område er tilbagelagt i et andet ansættelsesforhold, såfremt de har været af mere end seks måneders varighed

[…]

3) For de perioder, som er omhandlet i stk. 2, nr. 1) […], kan alene en sammenlagt periode på fem år medregnes. […]

[…]«

III. Tvisten i hovedsagen, det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

8. EurothermenResort Bad Schallerbach er et østrigsk selskab, der driver virksomhed inden for turismesektoren. Dette selskab beskæftiger bl.a. et vist antal arbejdstagere, der tidligere har tilbagelagt beskæftigelsesperioder ved forskellige arbejdsgivere i andre medlemsstater end Republikken Østrig.

9. Samarbejdsudvalget anlagde sag mod EurothermenResort Bad Schallerbach ved Landesgericht Wels (den regionale domstol i Wels, Østrig) vedrørende de omhandlede arbejdstageres ret til årlig betalt ferie. Det nævnte samarbejdsudvalg anførte i denne forbindelse, at UrlG's § 3, stk. 2, nr. 1), og § 3, stk. 3, særligt stiller vandrende arbejdstagere ringere og gør det mindre tiltrækkende for østrigske arbejdstagere at udøve deres ret til fri bevægelighed, idet disse bestemmelser begrænser muligheden for ved beregningen af den anciennitet, der kræves i henhold til UrlG's § 2, stk. 1, for tildelingen af en sjette ferieuge at tage hensyn til de forudgående beskæftigelsesperioder, som de har tilbagelagt i andre medlemsstater end Østrig, eftersom disse beskæftigelsesperioder højst kan medregnes med fem år. Samarbejdsudvalget gjorde gældende, at disse tidligere beskæftigelsesperioder i overensstemmelse med EU-retten skulle medregnes fuldt ud, således at enhver arbejdstager, der har opnået en erhvervserfaring på 25 år, har ret til en sjette ferieuge i henhold til UrlG's § 2, stk. 1.

10. Ved dom af 25. januar 2017 frifandt Landesgericht Wels (den regionale domstol i Wels, Østrig) selskabet. Denne domstol var bl.a. af den opfattelse, at de omtvistede bestemmelser i UrlG ikke medførte forskelsbehandling på grund af nationalitet, idet alle de tidligere beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt ved andre arbejdsgivere, var blevet behandlet på samme måde. Selv om UrlG's § 3, stk. 2, nr. 1), kun henviser til de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på det nationale område, følger det i denne forbindelse af praksis fra Oberster Gerichtshof (øverste domstol), at der også skal tages hensyn til beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på andre medlemsstaters område. Det står i øvrigt medlemsstaterne frit for at indrømme de arbejdstagere, der har opnået en vis anciennitet ved den samme virksomhed, fordele.

11. Ved dom af 3. maj 2017 stadfæstede Oberlandesgericht Linz (den øverste regionale domstol i Linz, Østrig) dommen afsagt i første instans. Appeldomstolen fastslog i denne forbindelse, at selv om det ikke kunne udelukkes, at en østrigsk arbejdstager ville afholde sig fra at udøve sin ret til fri bevægelighed, hvis den pågældende ville miste retten til den årlig betalte sjette ferieuge, var den hindring, der fugte heraf, begrundet i formålet om at belønne en arbejdstagers loyalitet over for sin arbejdsgiver.

12. Samarbejdsudvalget har derefter iværksat en »revisionsanke« til prøvelse af denne dom ved Oberster Gerichtshof (øverste domstol). På denne baggrund har denne domstol besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 45 TEUF og artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 492/2011 […] fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede ([UrlG's] § 3, stk. 2, [nr. 1], sammenholdt med § 3, stk. 3, og § 2, stk. 1 […]), hvorefter en arbejdstager, som har tilbagelagt en beskæftigelsesperiode på i alt 25 år, men ikke ved én og samme østrigske arbejdsgiver, alene har ret til fem ugers årlig [betalt] ferie, hvorimod en arbejdstager, som har tilbagelagt en beskæftigelsesperiode på 25 år ved én og samme østrigske arbejdsgiver, har ret til seks ugers årlig ferie?«

13. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolens Justitskontor den 19. juli 2017. Samarbejdsudvalget, EurothermenResort Bad Schallerbach, den østrigske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg for Domstolen. De samme procesdeltagere gav i retsmødet, der blev afholdt den 3. maj 2018, møde for at afgive mundtligt indlæg.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

14. Retten til årlig betalt ferie, der indrømmes arbejdstagere, og som udgør en grundlæggende social rettighed, er reguleret i EU-retten. I denne forbindelse sikrer artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/88/EF, det såkaldte »arbejdstidsdirektiv«[4], alle arbejdstagere i Den Europæiske Union ret til en årlig betalt ferie på fire uger. Eftersom dette direktiv alene fastsætter minimumsforskrifter, står det medlemsstaterne frit for at tillægge de arbejdstagere, der er omfattet af deres lovgivning, mere vidtgående rettigheder. De eventuelle betingelser, som disse samme medlemsstater gør disse supplerende rettigheder betinget af, skal imidlertid være forenelige med de generelle bestemmelser i EU-retten, herunder reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed, der er fastsat i artikel 45 TEUF og i forordning nr. 492/2011.

15. Den østrigske lovgivning om ferie, UrlG, går netop ud over de fire uger, der er sikret ved EU-retten. Denne lovs § 2, stk. 1, tillægger for hvert arbejdsår arbejdstagere ret til fem eller seks ugers årlig betalt ferie *uanset, om den berørte arbejdstager har mere eller mindre en 25 års anciennitet*.

16. Den således krævede anciennitet beregnes efter de regler, der er fastsat i UrlG's § 3. Det fremgår af denne bestemmelses stk. 1, at de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved den samme arbejdsgiver, nemlig den nuværende arbejdsgiver, lægges sammen, for så vidt som disse perioder ikke har været afbrudt i mere end tre måneder[5]. Det fremgår af den nævnte bestemmelses stk. 2, nr. 1), at der tages hensyn til de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved en eller flere tidligere arbejdsgivere, for så vidt som hvert ansættelsesforhold har varet mere end seks måneder[6]. Det fremgår imidlertid af samme bestemmelses stk. 3, at der for disse tidligere beskæftigelsesperioder *kun* kan medregnes en *sammenlagt periode på fem år*.

17. Lad os med henblik på at forstå rækkevidden af disse bestemmelser forestille os en situation, hvor en arbejdstager, Mahler, har været beskæftiget fem år hos virksomhed X, derefter otte år hos virksomhed Y, og derefter endelig har fået ansættelse hos virksomhed Z, hvor han har været beskæftiget i 15 år uden afbrydelse. I henhold til UrlG's § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1-3, beregnes rækkevidden af den ret til årlig betalt ferie, der tilkommer Mahler, først under hensyntagen til den anciennitet, som han har opnået i virksomhed Z, dvs. 15 år, idet der yderligere hertil skal lægges den erhvervserfaring, som han har opnået hos de to tidligere arbejdsgivere, dvs. 13 år, idet disse perioder kun medregnes med fem år, dvs. i alt 20 år. Selv om Mahlers erhvervskarriere har varet i 28 år, har han således ikke opnået de 25 års anciennitet, der kræves for at få ret til en årlig betalt sjette ferieuge i henhold til UrlG's § 2, stk. 1.

18. Den »revisionsanke«, som samarbejdsudvalget har iværksat for Oberster Gerichtshof (øverste domstol), tager udgangspunkt i den forudsætning, at de omtvistede bestemmelser i UrlG har virkninger, der er i strid med EU-retten. Disse bestemmelser tilsidesætter princippet om forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 45, stk. 2, TEUF og artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 492/2011, og begrænser arbejdskraftens frie bevægelighed, herunder især i forhold til østrigske arbejdstagere. Disse to aspekter skal derfor behandles et for et, idet jeg først vil redegøre for grundene

4 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 4.11.2003 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EUT 2003, L 299, s. 9).

5 – EurothermenResort Bad Schallerbach og den østrigske regering har anført, at det fremgår af andet punktum i UrlG's § 3, stk. 1, der ikke er nævnt i forelæggelsesafgørelsen, at ancienniteten endvidere mistes, når ansættelsesforholdet afbrydes som følge af, at arbejdstageren opsiger sin stilling, at den pågældende forlader stillingen før kontraktens udløb, uden at der foreligger tungtvejende grunde, eller at den pågældende afskediges på grund af grove fejl.

6 – Selv om ordlyden af UrlG's § 3, stk. 2, nr. 1), kun omfatter de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på det østrigske område, har Oberster Gerichtshof (øverste domstol), således som det fremgår af punkt 10 i dette forslag til afgørelse, »korrigeret« denne bestemmelse i sin praksis ved fastslå, at der også skal tages hensyn til de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på andre medlemsstaters område.

til, at en lovgivning som UrlG efter min opfattelse ikke på nogen måde medfører forskelsbehandling på grund af nationalitet (B), og derefter grundene til, at der efter min opfattelse endvidere skal drages den samme konklusion med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed (C).

B. Om manglende forskelsbehandling på grund af arbejdstagernes nationalitet

19. Artikel 45, stk. 2, TEUF forbyder enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår. Artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 492/2011 udgør et særligt udtryk for dette forbud specielt på området for beskæftigelses- og arbejdsvilkår. Disse to bestemmelser skal derfor på dette område fortolkes på samme måde[7].

20. Regler som dem, der er fastsat i UrlG, er omfattet af anvendelsesområdet for de nævnte bestemmelser, idet den ret til årlig betalt ferie, der er tillagt arbejdstagere, ubestrideligt er omfattet af området for beskæftigelses- og arbejdsvilkår.

21. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der eventuelt foreligger forbudt forskelsbehandling, der er i strid med disse to bestemmelser, foretages der i UrlG's § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1-3, i forbindelse med rækkevidden af den ret til årlig betalt ferie, som arbejdstagerne har krav på, en sondring, som er baseret på et kriterium om *anciennitet*. Disse bestemmelser finder anvendelse uden forskel på alle arbejdstagere uanset deres nationalitet. De medfører derfor ikke *direkte* forskelsbehandling på grundlag af dette kriterium.

22. Når dette er sagt, fremgår det af Domstolens faste praksis, at artikel 45, stk. 2, TEUF og artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 492/2011 ikke alene forbyder direkte forskelsbehandling på grund af arbejdstagernes nationalitet, men også *indirekte* forskelsbehandling på grundlag af dette kriterium, dvs. »enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre sondringskriterier reelt fører til samme resultat«[8].

23. Den »test«, der finder anvendelse på området, blev første gang beskrevet i dommen af 23. maj 1996 i O'Flynn-sagen[9]. Domstolen fastslog, at »en national retsforskrift, medmindre den er objektivt begrundet og står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, må anses for at medføre indirekte forskelsbehandling, *når den efter selve sin karakter er egnet til i højere grad at berøre vandrende end indenlandske arbejdstagere* og dermed risikerer navnlig at stille de vandrende arbejdstagere ringere«[10].

7 – Dom af 26.10.2006, Kommissionen mod Italien (C-371/04, EU:C:2006:668, præmis 17), og af 5.12.2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, herefter »SALK-dommen«, EU:C:2013:799, præmis 23). Jeg vil derfor i dette forslag til afgørelse uden sondring henvise til en af disse bestemmelser eller til dem begge under ét.

8 – Denne retspraksis udspringer af dom af 12.2.1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, præmis 11). Jf. senest dom af 10.9.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-269/07, EU:C:2009:527, præmis 53), af 28.6.2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, præmis 39), og af 20.6.2013, Giersch m.fl. (C-20/12, EU:C:2013:411, præmis 41).

9 – C-237/94, EU:C:1996:206.

10 – Dom af 23.5.1996, O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, præmis 20) (min fremhævelse). I denne dom ensrettede Domstolen de formuleringer, som den tidligere havde anvendt, idet den alternativt fastslog, at betingelser, selv om de måtte gælde uden forskel efter nationalitet, måtte antages at medføre indirekte forskelsbehandling, når disse betingelser »*først og fremmest berører vandrende arbejdstagere* […] *eller dog overvejende berører sådanne arbejdstagere*«, eller når de »*lettere kan opfyldes af indenlandske end af vandrende arbejdstagere* […]« eller endog når de »*navnlig risikerer at ramme vandrende arbejdstagere* […]« (jf. denne doms præmis 18, min fremhævelse). Den formulering, der er anvendt i den nævnte dom, er siden blevet anvendt konsekvent i Domstolens praksis (jf. bl.a. dom af 27.11.1997, Meints, C-57/96, EU:C:1997:564, præmis 45, af 10.9.2009, Kommissionen mod Tysklan, C-269/07, EU:C:2009:527, præmis 54, og af 5.12.2013, SALK, C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 26).

24. Det følger heraf, at enhver foranstaltning, der, henset til generelt forekomne omstændigheder [11] eller øvrige oplysninger, *sandsynligvis kan have forskellige virkninger* for indenlandske statsborgere og statsborgere fra andre medlemsstater, og særligt stille de sidstnævnte ringere, må anses for at medføre indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, medmindre den er objektivt begrundet. Dette skal følge af *selve foranstaltningens karakter*, dvs. det valgte *sondringskriterium*, der – trods den tilsyneladende neutralitet – skal have de samme virkninger som dem, der følger af nationalitetskriteriet. Den potentielt diskriminerede karakter af det omhandlede kriterium undersøges ved – rent hypotetisk – at opdele indenlandske statsborgere og ikke-statsborgere i to særskilte grupper, og derefter inden for hver gruppe at opstille en antagelse om, hvor mange personer der potentielt kan blive negativt berørt af det omhandlede kriterium, og endelig sammenligne de to andele [12].

25. Domstolens praksis indeholder en lang række eksempler på kriterier, der i praksis særligt kan stille gruppen af ikke-statsborgere ringere, nemlig oprindelsessted [13], en arbejdstagers bopæl på ansættelsestidspunktet [14], sprog [15] eller det sted, hvor sprogkundskaber er erhvervet [16], det sted, hvor et eksamensbevis er udstedt [17], eller endog det nationale uddannelsessystem, som en praktikant er omfattet af [18].

26. Sådanne kriterier er udtryk for en tilknytning til en bestemt medlemsstat, idet der lægges vægt på kendetegn ved denne stat, såsom dens område eller sprog, og dermed nærmer sig kriteriet om nationalitet. Denne neutralitet kommer kun til udtryk på overfladen og kan nemt krakelere [19]. Det er korrekt, at det forekommer, at kriterier, der ikke på nogen måde indebærer hensyn, som er forbundet med nationalitet, ikke desto mindre viser sig at medføre indirekte forskelsbehandling på dette grundlag. Domstolens praksis indeholder en række historiske eksempler herpå [20]. Det er imidlertid nødvendigt med supplerende oplysninger for at kunne påvise, at der foreligger en indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet [21].

11 – I dom af 23.5.1996, O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, præmis 22), fastslog Domstolen således, at en lovgivning, der gør tildelingen af en godtgørelse, som har til formål at dække de udgifter, som en arbejdstager har afholdt med henblik på begravelse eller kremering af et afdødt familiemedlem, betinget af, at begravelsen eller kremering sker på det nationale område, er egnet til at medføre indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, når der henses til den omstændighed, at »især vandrende arbejdstagere, når et af deres familiemedlemmer afgår ved døden, [vil] være tilbøjelige til at lade begravelsen foregå i en anden medlemsstat *på grund af den tilknytning, som medlemmerne af en sådan familie normalt opretholder med deres hjemstat*« (min fremhævelse).

12 – Jf. i denne retning dom af 6.3.2018, SEGRO og Horváth (C-52/16 og C-113/16, EU:C:2018:157, præmis 73), og mit forslag til afgørelse SEGRO og Horváth (C-52/16 og C-113/16, EU:C:2017:410, punkt 79 og 80) Spørgsmålet om fastlæggelsen af, hvorledes en foranstaltning berører forskellige grupper af personer, har været genstand for en langt mere præcis retspraksis inden for området for ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere (for en sammenfatning af denne retspraksis og en forklaring på de mange vanskeligheder, som dette spørgsmål giver anledning til, jf. C. Barnard, *EU Employment Law*, 4. udg., Oxford University Press, 2012, s. 282-286). I forhold til princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet er det imidlertid ikke nødvendigt at anvende et sådant præcisionsniveau, når der henses til den generelle karakter af den test, der anvendes på området.

13 – Jf. bl.a. dom af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 28), og af 7.5.1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, præmis 29).

14 – Dom af 12.2.1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13, præmis 11).

15 – Dom af 28.11.1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, præmis 12).

16 – Dom af 28.11.1989, Groener (C-379/87, EU:C:1989:599, præmis 23), og af 6.6.2000, Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296, præmis 39-42).

17 – Dom af 7.7.2005, Kommissionen mod Østrig (C-147/03, EU:C:2005:427, præmis 43, 46 og 47).

18 – Dom af 21.11.1991, Le Manoir (C-27/91, EU:C:1991:441, præmis 11).

19 – Jf. i denne retning generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:123, punkt 27). Geografiske og sproglige krav inden for området for forskelsbehandling på grund af nationalitet svarer til de krav, der inden for området for forskelsbehandling på grund af køn stilles for at opnå beskæftigelse, såsom et krav om minimumshøjde (jf. dom af 18.10.2017, Kalliri, C-409/16, EU:C:2017:767) eller et krav om en vis fysisk styrke (jf. dom af 1.7.1986, Rummler, 237/85, EU:C:1986:277).

20 – Domstolen skulle i den sag, der gav anledning til dom af 16.2.1978, Kommissionen mod Irland (61/77, EU:C:1978:29), navnlig tage stilling til en irsk lovgivning, der udelukkede både, hvis størrelse eller motorkraft oversteg et bestemt niveau, fra en fiskerizone. Selv om disse betingelser faktisk var neutrale for så vidt angår nationalitet, førte disse betingelser om størrelse og motorkraft reelt til, at en stor del af de franske og nederlandske fiskerflåder blev udelukket fra de omhandlede farvande, mens de irske og britiske flåder, der bestod af meget mindre både, stort set ikke blev berørt.

21 – Som f.eks. i den sag, der er nævnt i den foregående fodnote, oplysninger om specifikationerne for medlemsstaternes fiskerflåder.

27. I det foreliggende tilfælde har samarbejdsudvalget og Kommissionen anført, at kriteriet om anciennitet, som er anvendt i UrlG's § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1-3, i praksis stiller østrigske arbejdstagere bedre end arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater. De østrigske statsborgere har nemlig for de flestes vedkommende bopæl i Østrig, hvor de begynder deres erhvervskarriere og kan forblive i uafbrudt tjeneste hos en og samme arbejdsgiver i den periode på 25 år, der kræves i henhold til UrlG's § 2, stk. 1, for at få ret til en årlig betalt sjette ferieuge. Statsborgere i andre medlemsstater begynder til gengæld som hovedregel deres erhvervskarriere i deres oprindelsesmedlemsstat og får først senere i deres karriere ansættelse hos en østrigsk arbejdsgiver. Det er under disse omstændigheder mere vanskeligt for arbejdstagere fra andre medlemsstater at opnå den således krævede anciennitet, idet deres tidligere erhvervserfaring kun medregnes med fem år, således som det er fastsat i UrlG's § 3, stk. 3 [22].

28. EurothermenResort Bad Schallerbach og den østrigske regering er af den modsatte opfattelse. Det er efter deres opfattelse ikke muligt at fastslå, at der i det foreliggende tilfælde er tale om indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, idet bestemmelserne i UrlG stiller østrigske arbejdstagere lige så ringe som arbejdstagere fra andre medlemsstater. Den forelæggende ret har med udgangspunkt i dette synspunkt oplyst, at det ikke kan lægges til grund, at østrigske arbejdstagere har tendens til at forblive i tjeneste hos den samme arbejdsgiver i 25 år, og at de derfor i langt højere grad end arbejdstagere fra andre medlemsstater får ret til den årlig betalte sjette ferieuge, der er fastsat i denne lovs § 2, stk. 1. De østrigske arbejdstagere skifter tværtimod oftere arbejdsgiver.

29. Som jeg har anført ovenfor, er jeg enig med EurothermenResort Bad Schallerbach og den østrigske regering.

30. Det kriterium om 25 års anciennitet, der er anvendt i UrlG's § 2, stk. 1, tilgodeser de arbejdstagere, der ikke skifter arbejdsgiver under den periode, der kræves i denne forbindelse. Dette kriterium *stiller samtidig alle de arbejdstagere, der i løbet af deres karriere skifter arbejdsgiver, ringere*, og den erhvervserfaring, som disse arbejdstagere har opnået hos deres tidligere arbejdsgivere, medregnes kun med fem år, således som det er fastsat i UrlG's § 3, stk. 3. Arbejdsgiverens eller de tidligere arbejdsgiveres nationalitet og det sted, hvor det eller de omhandlede ansættelsesforhold gennemføres, udgør omstændigheder, der ikke er relevante i denne forbindelse. I denne lovs bestemmelser foretages der ikke en sondring mellem en arbejdstagers *interne mobilitet* – på det østrigske område – og *eksterne mobilitet* – til eller fra en anden medlemsstat. Der tages på samme måde hensyn til de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved en arbejdsgiver eller flere tidligere arbejdsgivere, uanset om de er blevet tilbagelagt på det nationale område eller i en anden medlemsstat [23].

31. Det er derfor korrekt, at alle arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater end Republikken Østrig, og som har opnået mere end fem års erhvervserfaring hos en eller flere andre arbejdsgivere, som ikke er deres nuværende arbejdsgiver, berøres negativt af bestemmelserne i UrlG. Alle de østrigske arbejdstagere, der har skiftet arbejdsgiver i løbet af deres karriere, berøres imidlertid i samme omfang. Kriteriet om anciennitet berører således på tilsvarende måde gruppen af

22 – Samarbejdsudvalget har anført, at bestemmelserne i UrlG *altid* stiller arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater end Republikken Østrig, ringere. Kommissionen havde anlagt den samme tilgang i sit skriftlige indlæg, men ændrede i retsmødet sin opfattelse og anførte, at den var enig i, at disse arbejdstagere *i de fleste tilfælde* stilles ringere.

23 – Jeg erindrer om, at ordlyden af UrlG's § 3, stk. 2, nr. 1), der kun omhandler de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på det østrigske område – idet en sådan betingelse ubestrideligt medfører indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet – er blevet »korrigeret« i praksis fra Oberster Gerichtshof (øverste domstol), hvorefter beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på andre medlemsstaters område, skal medregnes i samme omfang (jf. punkt 10 og fodnote 6 i dette forslag til afgørelse). Denne »korrektion«, der er foretaget i retspraksis, fritager ikke den østrigske lovgiver fra at ændre den nævnte bestemmelse. Det følger nemlig af Domstolens faste praksis, at en uændret opretholdelse af en national bestemmelse, der er i strid med EU-retten, skaber »en faktisk uklarhed, idet der herved for de berørte retsundergivne består en usikkerhed med hensyn til deres muligheder for at påberåbe sig [EU-]retten« (jf. dom af 24.3.1988, Kommissionen mod Italien, 104/86, EU:C:1988:171, præmis 12, og af 13.7.2000, Kommissionen mod Frankrig, C-160/99, EU:C:2000:410, præmis 22).

indenlandske arbejdstagere og gruppen af arbejdstagere i andre medlemsstater [24]. Det ville forholde sig anderledes, såfremt supplerende oplysninger viste eller i det mindste gjorde det muligt at antage, at de førstnævnte langt fra lige så ofte som de sidstnævnte skifter beskæftigelse. Som den forelæggende ret har anført, er der imidlertid intet der tyder herpå [25].

32. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at den omstændighed, at en væsentlig andel af østrigske arbejdstagere berøres negativt af bestemmelserne i UrlG, ikke er til hinder for, at det fastslås, at der foreligger indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet. Det er nemlig tilstrækkeligt, at det fastslås, at de fleste arbejdstagere, der opfylder den betingelse om 25 års anciennitet, som er fastsat i UrlG's § 2, stk. 1, er østrigske statsborgere, og/eller at de fleste af dem, der berøres af, at der i begrænset omfang tages hensyn til de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved tidligere arbejdsgivere, og som er fastsat i UrlG's § 3, stk. 3, er statsborgere i andre medlemsstater.

33. Jeg bemærker i denne forbindelse, at det med henblik på at godtgøre, at en national lovgivning faktisk medfører forskelsbehandling på grund af nationalitet, hverken er nødvendigt eller tilstrækkeligt at fastslå, at de fleste af de personer, der opnår en fordel ved denne lovgivning, er indenlandske statsborgere, eller at de fleste af de personer, der stilles ringere, er ikke-statsborgere. Denne logik er behæftet med alvorlige mangler [26]. Som der er redegjort for i punkt 24 i dette forslag til afgørelse, skal der tages udgangspunkt i, om der består en forskel mellem andelen af ikke-statsborgere, der vil kunne stilles ringere som følge af UrlG, og andelen af indenlandske statsborgere, der vil kunne stilles ringere. Det er imidlertid efter min opfattelse langt fra sandsynligt, at der består en sådan forskel i det foreliggende tilfælde [27].

34. Den af Domstolen fastlagte praksis, hvorefter det, for at en national foranstaltning kan betragtes som udtryk for indirekte forskelsbehandling, ikke er nødvendigt, at den fører til en begunstigelse af alle indenlandske statsborgere eller til en ringere stilling alene for statsborgere i andre medlemsstater, og ikke desuden for indenlandske statsborgere, kan i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, ikke føre til et andet resultat [28].

35. Denne retspraksis er nemlig ikke til nogen hjælp i en sag som den i hovedsagen omhandlede. I den nævnte retspraksis fastslås det hverken mere eller mindre, at *for så vidt som en national lovgivning er egnet til at berøre gruppen af ikke-statsborgere i højere grad end gruppen af indenlandske statsborgere*, er den omstændighed, at en bestemt andel af de indenlandske statsborgere ligeledes berøres, ikke til

24 – Samarbejdsudvalget har i øvrigt anført, at en undersøgelse har vist, at 13% af arbejdstagerne i EU-medlemsstaterne i gennemsnit ikke på noget tidspunkt har skiftet beskæftigelse, mens mellem 60-66% af dem har skiftet beskæftigelse mellem en til fem gange, hvilket navnlig gør sig gældende for sæsonarbejdere – såsom de personer, der i det foreliggende tilfælde er ansat inden for turismesektoren – og bekræfter den negative indvirkning, som de omtvistede bestemmelser i UrlG har på disse arbejdstagere. Jeg forstår imidlertid denne argumentation således, at disse bestemmelser faktisk stiller *de fleste arbejdstagere* og navnlig sæsonarbejdere ringere, *uanset hvilken nationalitet de har*.

25 – I denne forbindelse vil den forskelsbehandling på grund af nationalitet, som følger af bestemmelserne i UrlG, eventuelt kunne dokumenteres ved hjælp af nationale statistikker, der omfatter et tilstrækkeligt antal personer, ikke er udtryk for tilfældige eller kortvarige omstændigheder og, generelt set, viser sig at være væsentlige (jf. analogt på området for forskelsbehandling på grund af køn dom af 6.4.2000, Jørgensen, C-226/98, EU:C:2000:191, præmis 33). De statistiske oplysninger, som den østrigske regering har fremlagt i sit skriftlige indlæg og i retsmødet, synes dog tværtimod at dokumentere dynamikken på det østrigske arbejdsmarked.

26 – En sådan argumentation er grundlæggende urigtig som følge af det ulige forhold mellem indenlandske og udenlandske statsborgere, der faktisk er omfattet af den omhandlede lovgivning. Når der henses til den omstændighed, at der er væsentligt flere østrigske arbejdstagere, der er omfattet af den østrigske sociallovgivning – idet der helt logisk overvejende er østrigske statsborgere på denne medlemsstats arbejdsmarked – er der naturligvis flere østrigske statsborgere end udenlandske statsborgere, der kan få ret til den årlig betalte sjette ferieuge, der er fastsat i UrlG. Jf. analogt på området for forskelsbehandling på grund af køn dom af 9.2.1999, Seymour-Smith og Perez (C-167/97, EU:C:1999:60, præmis 59), hvor Domstolen præciserede, at en foranstaltnings eventuelle forskellige virkninger skal vurderes ved »at foretage en sammenligning mellem, på den ene side, *andelene af de mandlige arbejdstagere*, som opfylder – og ikke opfylder – betingelsen efter den anfægtede regel om to års forudgående ansættelse, og, på den anden side, de tilsvarende andele for kvindelige arbejdstageres vedkommende. *Det er ikke tilstrækkeligt at betragte antallet af berørte personer, da dette antal afhænger af antallet af aktive arbejdstagere i den pågældende medlemsstat som helhed samt fordelingen af mandlige og kvindelige arbejdstagere i denne medlemsstat*« (min fremhævelse).

27 – Selv om jeg kan tilslutte mig, at størstedelen af de arbejdstagere, der får ret til den årlig betalte sjette ferieuge, der er fastsat i UrlG's § 2, stk. 1, er østrigske arbejdstagere, tvivler jeg af de grunde, der er nævnt i punkt 31 i dette forslag til afgørelse, stærkt på, at størstedelen af dem, der berøres negativt af denne lov, er statsborgere i andre medlemsstater.

28 – Dom af 28.6.2012, Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, præmis 41), af 20.6.2013, Giersch m.fl. (C-20/12, EU:C:2013:411, præmis 45), og af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 27).

hinder for, at det fastslås, at der foreligger indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet. Denne samme retspraksis gør det til gengæld ikke muligt at fastslå, at der foreligger en sådan forskelsbehandling med hensyn til en lovgivning, der som i det foreliggende tilfælde *berører såvel indenlandske statsborgere som ikke-statsborgere på samme måde*[29].

36. Det er ganske vist korrekt, at Domstolen har fastlagt en praksis vedrørende beregning af anciennitet for offentligt ansatte i medlemsstaterne i forbindelse med forfremmelse og de ydelser i form af løn, der normalt er forbundet hermed. Det fremgår af denne retspraksis, at nationale lovgivninger, der inden for dette område fuldstændig udelukker, at der kan tages hensyn til de beskæftigelsesperioder, som en arbejdstager har tilbagelagt ved en offentlig myndighed i en anden medlemsstat, eller som opstiller strengere betingelser for at medregne disse perioder end de betingelser, der gælder for de beskæftigelsesperioder, som er tilbagelagt ved indenlandske offentlige myndigheder, medfører indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet[30].

37. Selv om de lovgivninger, der har været genstand for disse tidligere sager, var baseret på et sondringskriterium – anciennitet i indenlandsk offentlig tjeneste – der tilsyneladende ligner det kriterium, som UrlG i det foreliggende tilfælde er baseret på, forholder det sig imidlertid således, at disse lovgivninger i virkeligheden adskiller sig fra denne lov med hensyn til deres anvendelse.

38. Dommen af 30. september 2003 i Köbler-sagen[31], udgør i denne forbindelse et sigende eksempel. Den nævnte sag vedrørte et anciennitetstillæg, som den østrigske stat i egenskab af arbejdsgiver ydede til universitetsprofessorer, som bl.a. i mindst 15 år havde været ansat som professor ved *et hvilket som helst offentligt universitet i Østrig*. Som Domstolen fastslog, havde dette tillæg til formål at belønne de *østrigske universitetsprofessorer*, der fortsatte med at udøve deres erhverv *på det østrigske territorium*, til skade for de universitetsprofessorer, der udøvede et sådant erhverv på andre medlemsstaters område.

39. En sådan lovgivning gjorde det således muligt at tillade stor mobilitet for en gruppe af forskellige indenlandske arbejdstagere[32]. Det er i henhold til UrlG til gengæld *kun anciennitet, der er opnået hos en og samme arbejdsgiver*, nemlig den nuværende arbejdsgiver, *der gives en gunstig behandling*. Som det er blevet forklaret i punkt 30 i dette forslag til afgørelse, behandles *den interne mobilitet* på det nationale område i henhold til denne lov lige så strengt som *den eksterne mobilitet*, idet enhver ændring af arbejdsgiver fører til en ringere behandling.

40. Som EurothermenResort Bad Schallerbach anførte i retsmødet, uden at dette blev bestridt, skal den nuværende arbejdsgiver endvidere ikke nødvendigvis være *en østrigsk arbejdsgiver*. UrlG's § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1, kræver heller ikke, at de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved den nuværende arbejdsgiver, *er blevet tilbagelagt på det nationale område*. Den sagsøgte i hovedsagen har i denne forbindelse anført, hvilket heller ikke er blevet bestridt, at samtlige beskæftigelsesperioder, der tilbagelægges af en arbejdstager ved den samme arbejdsgiver, behandles på samme måde, uanset hvor

29 – I denne forbindelse kan det heller ikke hævdes, således som samarbejdsudvalget har gjort, at *alle* arbejdstagere, der er udenlandske statsborgere, stilles ringere, mens dette kun gælder for *visse* indenlandske arbejdstagere, uanset hvor mange der måtte være tale om. Det står uden videre klart, at denne argumentation er unuanceret. Det er sandsynligt, at et vist antal statsborgere fra andre medlemsstater, f.eks. Tyskland, begynder deres erhvervskarriere i Østrig. De arbejdstagere, der har begyndt deres karriere i en anden medlemsstat, og som er vendt tilbage til deres nuværende arbejdsgiver med mindre end fem års erfaring, vil ikke blive stillet ringere af den begrænsning, der er fastsat i UrlG's § 3, stk. 3.

30 – Jf. bl.a. dom af 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, præmis 22), af 12.3.1998, Kommissionen mod Grækenland (C-187/96, EU:C:1998:101, præmis 20 og 21), af 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, præmis 41-44), af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 70, 71 og 73), af 12.5.2005, Kommissionen mod Italien (C-278/03, EU:C:2005:281, præmis 18), af 26.10.2006, Kommissionen mod Italien (C-371/04, EU:C:2006:668, præmis 18), og af 5.12.2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 28).

31 – C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 73 og 85.

32 – Jf. dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 84). Jf. ligeledes vedrørende dette punkt dom af 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, præmis 49), og af 5.12.2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 40). Domstolen fastslog således i denne sammenhæng, at de forskellige offentlige institutioner og forvaltninger i en medlemsstat udgør forskellige arbejdsgivere.

disse perioder er blevet tilbagelagt [33]. Den eneste betingelse, der indirekte, men nødvendigvis, gælder ud over betingelsen om at have haft beskæftigelse hos en og samme arbejdsgiver, er en betingelse om, at den pågældende er *omfattet af østrigsk lovgivning på det tidspunkt, hvor der opnås ret til den sjette ferieuge*.

41. Lad os forestille os den situation, hvor en tysk arbejdstager, der opnår beskæftigelse ved en given virksomheds forretningssted, som er beliggende i Tyskland, og som efter flere års beskæftigelse flytter til et forretningssted inden for samme virksomhed, der er beliggende i Østrig, hvilket i princippet indebærer, at den pågældende bliver omfattet af anvendelsesområdet for østrigsk lovgivning [34]. Disse beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt på tysk område, vil med henblik på tildelingen af en sjette ferieuge i henhold til de omtvistede bestemmelser i UrlG blive behandlet lige så gunstigt som de perioder, der er tilbagelagt på østrigsk område, *fordi betingelsen om, at der skal være tale om den samme arbejdsgiver, er opfyldt* [35].

42. Samarbejdsudvalget og Kommissionen har imidlertid henvist til SALK-dommen [36], der efter deres opfattelse skal anvendes analogt på den foreliggende sag. Jeg erindrer om, at denne dom vedrørte en lov i delstaten Salzburg – dvs. nærmere bestemt en *regional* lov – der ved fastlæggelsen af skæringsdatoen for oprykning til en højere lønklasse for de ansatte i et holdingselskab for tre hospitaler og adskillige andre institutioner i denne delstat foretog en sondring mellem, om de ansatte altid havde arbejdet i den nævnte delstats tjeneste eller for andre indenlandske eller udenlandske arbejdsgivere. For de førstnævntes vedkommende medregnedes alle beskæftigelsesperioderne fuldt ud, mens der for de sidstnævntes vedkommende kun i mindre omfang blev taget hensyn til de beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt før deres ansættelse ved denne delstat.

43. I den nævnte sag kunne det imidlertid som i den foreliggende sag med rimelighed hævdes, at den interne og den eksterne mobilitet blev behandlet på samme måde. Dette afholdt ikke Domstolen fra at fastslå, at der forelå indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, idet den overførte sin praksis vedrørende anciennitet i den offentlige administration i medlemsstaterne og henviste til den retspraksis, der er nævnt i punkt 34 i dette forslag til afgørelse [37].

44. Jeg er forbeholden over for SALK-dommen [38]. I den omhandlede sag var samtlige østrigske arbejdstagere, der havde haft en anden offentlig eller privat arbejdsgiver end delstaten Salzburg, og samtlige arbejdstagere fra andre medlemsstater blevet stillet ringere. Jeg finder det tvivlsomt, om der i denne sag reelt forelå indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet. Der bør efter min opfattelse udvises tilbageholdenhed med at overføre denne retspraksis om lovgivninger, der finder anvendelse på nationalt plan – såsom de lovgivninger, der vedrører anciennitet i indenlandsk offentlig

33 – Jf. modsætningsvis den sag, der gav anledning til dom af 10.3.2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131). Denne sag vedrørte en kollektiv overenskomst, der indebar, at beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt ved en og samme arbejdsgiver, i forbindelse med tildeling af en supplerende alderspension blev medregnet forskelligt, afhængigt af, om disse perioder var blevet tilbagelagt ved et forretningssted i udlandet eller et forretningssted beliggende i den pågældende medlemsstat.

34 – Jeg erindrer i denne forbindelse om, at en individuel arbejdsaftale i det omfang parterne ikke har aftalt, hvilken lov der skal anvendes på denne arbejdsaftale, er undergivet loven i det land, hvori eller subsidiært hvorfra arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde. Jf. artikel 8, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17.6.2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) (EUT 2008, L 177, s. 6).

35 – Det tilkommer den forelæggende ret alene at fortolke bestemmelserne i UrlG og at undersøge de af EurothermenResort Bad Schallerbach anførte argumenter. Når dette er sagt, selv hvis det antages, at disse argumenter ikke er begrundede, er den omstændighed alene, at UrlG konsekvent behandler enhver ændring med hensyn til arbejdsgiver på samme måde, efter min opfattelse tilstrækkelig til at fastslå, at der ikke foreligger indirekte forskelsbehandling.

36 – Dom af 5.12.2013, C-514/12, EU:C:2013:799.

37 – Dom af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 31).

38 – Dom af 5.12.2013, C-514/12, EU:C:2013:799.

tjeneste – på tilsvarende lovgivninger, der vedtages af lokale eller regionale myndigheder. Som eksempel kan nævnes, at selv om det er sandsynligt, at en bopælsbetingelse, der er pålagt på nationalt plan, særligt stiller statsborgere fra andre medlemsstater ringere, er dette behæftet med endnu større usikkerhed, når en sådan betingelse er vedtaget af en lokal myndighed [39].

45. Når dette er sagt, er det, selv om det antages, at Domstolen ikke ønsker at anfægte denne dom, fortsat muligt at adskille den fra den foreliggende sag. Den i den nævnte dom omhandlede lovgivning tilgodeså nemlig en vis grad af intern mobilitet, idet en arbejdstager i denne delstat kunne skifte beskæftigelse og fortsat være omfattet af de gunstige regler for anciennitetsberegning, medmindre den pågældende valgte at tage ansættelse i en anden offentlig virksomhed, der henhørte under denne delstats område. Bestemmelserne i UrlG adskiller sig derfor klart fra den i nævnte dom omhandlede lovgivning.

46. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger er det min opfattelse, at en lovgivning som UrlG ikke på nogen måde medfører direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af arbejdstageres nationalitet. Dette ville kun forholde sig anderledes, såfremt det var sandsynligt, at østrigske arbejdstagere i betydelig grad ikke skifter arbejdsgiver lige så ofte som arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater. De sagsakter, som Domstolen råder over, indeholder ikke oplysninger, som gør det muligt at lægge en sådan formodning til grund.

C. Om fraværet af en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, der er i strid med artikel 45 TEUF

47. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at artikel 45 TEUF ikke blot forbyder enhver form for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, men også nationale bestemmelser, som – uanset om de finder anvendelse uafhængigt af de pågældende arbejdstageres nationalitet – medfører hindringer for deres frie bevægelighed [40].

48. Artikel 45 TEUF beskytter en medlemsstats arbejdstagere, der ønsker at blive integreret på arbejdsmarkedet i en anden medlemsstat, i forhold til såvel deres oprindelsesmedlemsstat som værtsmedlemsstaten. Det skal derfor i den foreliggende sag afgøres, om bestemmelser som dem, der er indeholdt i UrlG, udgør en hindring for »adgangen« for de arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater, til det østrigske marked (1) eller en hindring for, at østrigske arbejdstagere kan »forlade« det indenlandske marked til fordel for markedet i andre medlemsstater (2).

1. Om fraværet af en hindring for »adgang«

49. Det fremgår af Domstolens praksis, at artikel 45 TEUF er til hinder for enhver national foranstaltning, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grund af nationalitet, men som *kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt* for unionsborgerne at udøve de i EUF-traktaten sikrede grundlæggende friheder [41].

39 – Jf. på dette punkt generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Bickel og Franz (C-274/96, EU:C:1998:115, punkt 38): »Lad os f.eks. antage, at der fandtes en bestemmelse om, at personer med bopæl i Napoli og omegn havde gratis adgang til ruinerne i Pompei uden for sæsonen. *Det kan vanskeligt hævdes, at en sådan bestemmelse navnlig er til skade for statsborgere fra andre medlemsstater, eftersom langt de fleste italienere også ville være berørt* […]« (min fremhævelse). Det er derfor uheldigt, at Domstolen anlagde den modsatte fortolkning i dom af 16.1.2003, Kommissionen mod Italien (C-388/01, EU:C:2003:30), idet den fastslog, at forskellige bestemmelser, der var vedtaget af de regionale myndigheder, og som foreskrev gratis adgang til de lokale museer for personer, der havde bopæl på disse myndigheders område, medførte indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet. Domstolen forkastede i denne doms præmis 14 argumentet om, at der var risiko for, at langt størstedelen af de italienske statsborgere ville blive berørt på samme måde som ikke-statsborgere, idet den også i denne sammenhæng blot henviste til den retspraksis, der er nævnt i punkt 34 i dette forslag til afgørelse.

40 – Jf. bl.a. dom af 15.12.1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 96), og af 27.1.2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, præmis 18).

41 – Jf. bl.a. dom af 1.4.2008, Gouvernement de la Communauté française og gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 45), af 10.3.2011, Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, præmis 22), og af 18.7.2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, præmis 33).

50. Eftersom direktiv 2003/88 kun fastsætter minimumsforskrifter vedrørende den ret til årlig betalt ferie, der tilkommer arbejdstagere, består der fortsat forskelle mellem medlemsstaterne på dette område. I det foreliggende tilfælde kan bestemmelserne i UrlG teoretisk set gøre tanken om at fortsætte sin karriere i Østrig mindre attraktiv for en arbejdstager i den situation, hvor den pågældende i henhold til den arbejdsretlige lovgivning i oprindelsesmedlemsstaten tillægger vedkommende mere ferie end de nævnte regler.

51. Når dette er sagt, kan artikel 45 TEUF ikke garantere en arbejdstager, at det ikke vil have nogen konsekvenser på det sociale område, hvis den pågældende flytter fra sin oprindelsesmedlemsstat til en anden medlemsstat, idet en sådan flytning, henset til de forskelle, der er nævnt i det foregående punkt, i det konkrete tilfælde kan være mere eller mindre fordelagtige for den pågældende person med hensyn til dette område. Denne artikel giver derfor ikke den pågældende arbejdstager ret til at påberåbe sig de arbejdsvilkår i værtsmedlemsstaten, som vedkommende var berettiget til i sin oprindelsesmedlemsstat i overensstemmelse med den nationale lovgivning i sidstnævnte medlemsstat [42]. Denne arbejdstager kan i princippet udelukkende påberåbe sig de arbejdsvilkår, der gælder for indenlandske statsborgere i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet [43]. I det modsatte tilfælde vil enhver lovgivning i en arbejdstagers værtsmedlemsstat, der er mindre gunstig end lovgivningen i den pågældendes oprindelsesmedlemsstat, udgøre en hindring for denne arbejdstagers ret til fri bevægelighed. En sådan argumentation vil have alvorlige konsekvenser for medlemsstaternes sociallovgivninger.

52. Jeg er derfor af den opfattelse, at bestemmelser som dem, der er fastsat i UrlG, ikke kan udgøre en hindring for adgangen for arbejdstagere, der er statsborgere i andre medlemsstater, til det østrigske arbejdsmarked.

2. Om fraværet af en hindring for at »forlade« det østrigske arbejdsmarked

53. Det fremgår af Domstolens praksis, at alle EUF-traktatens bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for personer skal gøre det lettere for unionsborgerne at udøve erhvervsaktiviteter af enhver art på hele Unionens område, og disse bestemmelser er til hinder for foranstaltninger, som kan skade disse borgere, såfremt de ønsker at udøve en erhvervsaktivitet på en anden medlemsstats område. På denne baggrund har medlemsstaternes statsborgere derfor navnlig en ret, som de afleder direkte af EUF-traktaten, til at forlade deres oprindelsesland og indrejse i og tage ophold i en anden medlemsstat med henblik på dér at udøve en erhvervsaktivitet [44].

54. Bestemmelser, som *forhindrer eller afskrækker* en statsborger i en medlemsstat fra at forlade sit oprindelsesland med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed, udgør derfor hindringer for arbejdskraftens frie bevægelighed [45].

55. Det er i det foreliggende tilfælde ubestrideligt, at bestemmelserne i UrlG ikke *forhindrer* østrigske arbejdstagere i at udøve lønnet beskæftigelse i andre medlemsstater. Der kan derfor højst blive tale om at undersøge, om disse bestemmelser kan *afskrække* dem herfra.

42 – Dom af 18.7.2017, Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:562, præmis 34 og 35).

43 – Jf. i denne retning generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse Graf (C-190/98, EU:C:1999:423, punkt 32): »I reglen må den vandrende arbejdstager acceptere det nationale arbejdsmarked, som det er.« Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Erzberger (C-566/15, EU:C:2017:347, punkt 74-78).

44 – Dom af 15.12.1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 94 og 95), og af 1.4.2008, Gouvernement de la Communauté française og gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 44).

45 – Dom af 15.12.1995, Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 96), af 16.3.2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, EU:C:2010:143, præmis 34), og af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 30).

56. Eftersom bestemmelserne i UrlG i denne forbindelse gør tildelingen af en årlig betalt sjette ferieuge betinget af, at arbejdstageren har gjort tjeneste hos den samme arbejdsgiver i et vist antal år, vil disse bestemmelser uundgåeligt tilskynde arbejdstagere til ikke at forlade deres nuværende arbejdsgiver. Jeg er imidlertid ikke af den opfattelse, at disse bestemmelser er egnede til at afskrække østrigske arbejdstagere fra at udøve deres ret til fri bevægelighed.

57. I denne henseende medfører den omstændighed, at en arbejdstager skifter arbejdsgiver, ikke fortabelse af en *erhvervet rettighed*[46]. Ved at forlade sin arbejdsgiver til fordel for en anden arbejdsgiver, herunder en arbejdsgiver i en anden medlemsstat, *afbryder* arbejdstageren blot *sammenhængen i den anciennitet, der kræves* for at få ret til en sjette ferieuge, og *mindsker dermed sine muligheder for at opnå denne fordel*.

58. Selv om det antages, at en arbejdstager måtte ønske at forblive hos sin nuværende arbejdsgiver for at opnå den anciennitet, der i henhold til UrlG kræves for at opnå en supplerende sjette ferieuge[47], i stedet for at udøve lønnet beskæftigelse hos en arbejdsgiver i en anden medlemsstat, hvor lovgivningen om ferie er mindre fordelagtig, udgør dette af de grunde, der er nævnt i punkt 51 i dette forslag til afgørelse, ikke en hindring, der er i strid med artikel 45 TEUF, idet denne artikel ikke kan garantere en arbejdstager, at det ikke vil have nogen konsekvenser på det sociale område, hvis den pågældende flytter fra sin oprindelsesmedlemsstat til en anden medlemsstat. Der foreligger ikke en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, hver gang en person vælger fortsat at arbejde i en bestemt medlemsstat for dér at opnå en social fordel, i stedet for at udøve beskæftigelse i en medlemsstat, hvor lovgivningen er mindre fordelagtig for den pågældende. Den modsatte argumentation vil også i denne forbindelse have alvorlige konsekvenser for medlemsstaternes sociallovgivninger.

59. Samarbejdsudvalget og Kommissionen har imidlertid anført, at bestemmelserne i UrlG er egnede til at afskrække *de østrigske arbejdstagere, der påtænker at forlade deres nuværende arbejdsgiver for at optage beskæftigelse hos en arbejdsgiver i en anden medlemsstat, og som samtidig ønsker at vende tilbage til deres tidligere arbejdsgiver*, fra at udøve deres ret til fri bevægelighed. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af UrlG's § 3, stk. 1-3, at der *udelukkende* tages hensyn til den fulde varighed af de beskæftigelsesperioder, som en arbejdstager har tilbagelagt ved den samme arbejdsgiver, *når disse perioder ikke har været afbrudt i mere end tre måneder*. I den situation, hvor en arbejdstager opsiger sin stilling hos sin oprindelige arbejdsgiver for derefter at gøre tjeneste hos en anden – udenlandsk eller indenlandsk – arbejdsgiver og derefter vender tilbage til den første arbejdsgiver, medregnes de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt, før den pågældende opsagde sin stilling, i lighed med, hvad der gælder for de perioder, der er tilbagelagt ved den anden arbejdsgiver, kun med fem år, således som det er fastsat i UrlG's 3, stk. 3.

46 – Den foreliggende sag adskiller sig fra Domstolens praksis om socialsikring, navnlig dom af 21.1.2016, Kommissionen mod Cypern (C-515/14, EU:C:2016:30), og af 13.7.2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550). I de sager, der gav anledning til disse domme, mistede en tjenestemand, der fratrådte den nationale offentlige tjeneste og tog beskæftigelse hos en anden arbejdsgiver, som var en arbejdsgiver i en anden medlemsstat, muligheden for at modtage en ydelse, som han hidtil havde betalt bidrag til, og som derfor måtte anses for erhvervet. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag. Mens socialsikringsrettigheder potentielt kan *eksporteres*, forholder det sig ikke således med hensyn til retten til årlig betalt ferie.

47 – Det er sandsynligt, at en arbejdsgiver generelt vil tillægge denne betragtning en forholdsvis lille betydning, når den pågældende foretager en afvejning af fordelene og ulemperne ved at sige op og flytte til udlandet. Dette vil ganske vist afhænge af, hvor gammel den pågældende er, og hvor mange år den pågældende allerede har gjort tjeneste hos sin nuværende arbejdsgiver, afhængigt af, om denne arbejdsgiver er mere eller mindre tæt på de 25 års anciennitet, der kræves i UrlG's § 2, stk. 1. Risikoen for at miste en sådan fordel synes imidlertid alligevel at udgøre en mindre betydningsfuld oplysning i forhold til de eksistentielle tvivl, som en arbejdstager, der påtænker at forlade sin oprindelsesmedlemsstat for at prøve lykken uden for denne medlemsstats grænser, står over for.

60. Når dette er sagt, er en sådan argumentation, således som den forelæggende ret med føje har anført, baseret på en række omstændigheder, der er alt for vilkårlige og indirekte til, at UrlG kan udgøre en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, der er i strid med artikel 45 TEUF [48].

61. Det er i denne forbindelse korrekt, at Domstolen i Köbler-dommen [49] fastslog, at en national lovgivning, der ikke fastsatte bestemmelse om, at der i forbindelse med tildeling af et anciennitetstillæg til offentligt ansatte skulle tages hensyn til de beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt i en anden medlemsstat, kunne afholde arbejdstagere i den pågældende medlemsstat fra at udøve deres ret til fri bevægelighed, idet de år, hvorunder de havde opnået relevant erhvervserfaring fra offentlig tjeneste i en anden medlemsstat, *ved deres tilbagevenden til offentlig tjeneste i den nævnte medlemsstat* ikke blev medregnet. Domstolen valgte en tilsvarende fortolkning i SALK-dommen med hensyn til arbejdstagere, der gjorde offentlig tjeneste i delstaten Salzburg, og som *ønskede at vende tilbage til denne tjeneste efter at have udøvet deres ret til fri bevægelighed*.

62. Jeg er imidlertid heller ikke i denne forbindelse sikker på, at logikken bag denne retspraksis, der vedrører offentlig tjeneste, kan overføres på den foreliggende sag. Den østrigske regering har i denne forbindelse anført, at den omstændighed, at en arbejdstager inden for den offentlige sektor vender tilbage til sit oprindelige tjenestested efter en periode, hvor den pågældende har været udstationeret hos administrationen i en anden medlemsstat, eller har stået til rådighed med henblik på at opnå erhvervserfaring hos en anden offentlig eller privat arbejdsgiver, forekommer ofte i praksis. Det er til gengæld langt mindre almindeligt, at en arbejdstager inden for den private sektor, der har skiftet arbejdsgiver, vender tilbage til sin oprindelige arbejdsgiver for at fortsætte sin karriere dér. En sådan tilbagevenden udgør for en arbejdstager, der er i tvivl om, hvorvidt den pågældende skal fortsætte tjenesten hos sin arbejdsgiver eller opsige sin stilling, en *vilkårlig og indirekte* begivenhed. Muligheden for at vende tilbage på et givet tidspunkt forudsætter nemlig, at en række betingelser, der er uafhængige af den pågældende arbejdstagers vilje, er opfyldt, såsom at der findes en ledig stilling på det tidspunkt, hvor den pågældende vender tilbage, og at arbejdsgiveren ønsker at genansætte den pågældende frem for en anden. Denne argumentation er efter min opfattelse fuldt ud rimelig.

63. Jeg bemærker endvidere, at Domstolens eksisterende praksis vedrører spørgsmålet om, hvorvidt anciennitet skal medregnes *i forbindelse med beregningen af aflønningen* af arbejdstagere i offentlig tjeneste. I det foreliggende tilfælde indtræder virkningerne af ancienniteten øjeblikkeligt eller på kort sigt. Selv om det i det foreliggende tilfælde antages, at arbejdstageren efter at have udøvet sin ret til fri bevægelighed får mulighed for at vende tilbage til sin oprindelige arbejdsgiver, vil retten til den sjette ferieuge under alle omstændigheder, når der henses til de 25 års anciennitet, der kræves i denne forbindelse, udgøre en *indirekte begivenhed*, der som hovedregel vil indtræde i en fjern fremtid. Det er derfor nødvendigt, at den pågældende arbejdstager fastholder ansættelsen hos sin arbejdsgiver i den nødvendige periode, hvilket også her afhænger af forholdsvis *vilkårlige* omstændigheder, der vedrører såvel den nævnte arbejdstageres privatliv – som af forskellige grunde kan beslutte på ny at forlade arbejdsgiveren – som dennes arbejdsgiver, der af forskellige grunde kan være tvunget til at afbryde ansættelsesforholdet.

48 – Jf. i denne retning dom af 27.1.2000, Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, præmis 25). Jf. ligeledes analogt dom af 4.10.1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, EU:C:1991:378, præmis 24), af 15.6.2010, Kommissionen mod Spanien (C-211/08, EU:C:2010:340, præmis 72), og af 12.7.2012, SC Volksbank România (C-602/10, EU:C:2012:443, præmis 81). Spørgsmålet om, hvorvidt en fremtidig begivenhed er for vilkårlig eller indirekte til, at den nationale lovgivning udgør en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, må ikke forveksles med spørgsmålet om væsentligheden af en sådan hindring, i hvilken forbindelse Domstolen har fastslået, at selv den mindste hindring er forbudt i medfør af artikel 45 TEUF (jf. i denne retning dom af 13.12.1989, Corsica Ferries (France), C-49/89, EU:C:1989:649, præmis 8, og af 1.4.2008, Gouvernement de la Communauté française og gouvernement wallon, C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 52). Det første spørgsmål vedrører nemlig den – sandsynlige eller tværtimod rent hypotetiske og dermed ikke-eksisterende – indvirkning, som denne lovgivning kan have på en arbejdstagers valg om at udøve sin ret til fri bevægelighed, mens det andet spørgsmål vedrører de konsekvenser, som den nævnte lovgivning har for de arbejdstagere, der udøver den nævnte frihed.

49 – Dom af 30.9.2003 (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 74).

64. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger er det min opfattelse, at de bestemmelser, der er fastsat i UrlG, ikke udgør en hindring for, at østrigske arbejdstagere kan »forlade« det østrigske arbejdsmarked til fordel for arbejdsmarkedet i andre medlemsstater.

D. Subsidiært vedrørende spørgsmålet, om der foreligger en objektiv begrundelse

65. For fuldstændighedens skyld og såfremt Domstolen måtte fastslå, at UrlG's § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1-3, medfører indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet, eller at disse bestemmelser udgør en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, vil jeg i de følgende punkter redegøre for grundene til, at disse bestemmelser efter min opfattelse under alle omstændigheder er begrundede.

66. Jeg bemærker i denne forbindelse, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at en indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet ikke udgør en forbudt forskelsbehandling, såfremt denne behandling er objektivt begrundet og står i rimeligt forhold til det formål, der forfølges. En national foranstaltning, der medfører en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, er endvidere forenelig med EU-retten, når den opfylder de samme betingelser.

67. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der i denne sag foreligger en objektiv begrundelse, har den østrigske regering anført, at de omtvistede bestemmelser i UrlG har til formål at belønne den loyalitet, som arbejdstagere udviser over for deres arbejdsgiver.

68. Domstolen har ikke tidligere formelt anerkendt, at et formål om at sikre loyalitet kan begrunde en indirekte forskelsbehandling på grund af nationalitet eller en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed. Domstolen har ved forskellige lejligheder, men altid med en vis tilbageholdenhed, begrænset sig til at fastslå, at »det ikke kan udelukkes«[50], at loyalitet kan udgøre en sådan begrundelse, idet den samtidig i det konkrete tilfælde afslog, at en sådan begrundelse kunne gøres gældende[51].

69. Et formål om at sikre loyalitet kan faktisk efter min opfattelse begrunde en forskelsbehandling på grund af nationalitet eller en hindring i strid med artikel 45 TEUF. De lovlige mål i social- og beskæftigelsespolitikken, som medlemsstaterne henviser til, bør nemlig efter min opfattelse anses for at være tilladte begrundelser i denne forbindelse. På EU-rettens nuværende udviklingstrin råder medlemsstaterne over *en vid skønsmargen* bl.a. *ved valget af de formål, som de påtænker at forfølge inden for rammerne af denne politik*[52]. Jeg ser således intet til hinder for, at loyalitet kan anses for et sådant lovligt formål. Som EurothermenResort Bad Schallerbach har anført, giver varigheden af arbejdstagerens ansættelsesforhold den pågældende en vis sikkerhed. Kommissionen har endvidere anført, og ikke helt uden grund, at arbejdstagernes loyalitet er til arbejdsgivernes fordel, idet de nemmere kan planlægge deres aktiviteter med visheden om, at de har adgang til stabil arbejdskraft.

70. Hvad endvidere angår proportionalitetsvurderingen skal det bemærkes, at denne vurdering kræver, at den omhandlede lovgivning er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål[53].

50 – Dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 83), og af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 38). Jf. ligeledes kendelse af 10.3.2005, Marhold (C-178/04, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:164, præmis 34).

51 – Dom af 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, præmis 26 og 27), af 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, præmis 49), af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 83 og 84), og af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 38).

52 – Jf., hvad angår artikel 45 TEUF, dom af 13.12.2012, Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, præmis 51). Jf. ligeledes om andre områder inden for EU-retten, dom af 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, præmis 63), af 11.1.2007, ICT (C-208/05, EU:C:2007:16, præmis 39), og af 16.10.2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, præmis 68).

53 – Jf. bl.a. dom af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

71. Jeg er for det første af den opfattelse, at bestemmelserne i UrlG er egnede til at nå det formål om loyalitet, der er henvist til. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at de omtvistede lovgivninger i de sager, der vedrørte arbejdstageres anciennitet inden for den offentlige administration, som Domstolen har taget stilling til, foreskrev, at de tidligere beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt ved ikke blot en enkelt, men flere arbejdsgivere, fuldt ud skulle medregnes [54]. Domstolen har i lyset af denne konstatering fastslået, at disse lovgivninger *ikke var egnede* til at nå dette formål [55]. Der var samlet set tale om »uegentlige« loyalitetsydelser. Som det er blevet anført i hele dette forslag til afgørelse, foreskriver bestemmelserne i UrlG til gengæld, at det grundlæggende kun er de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved *en og samme arbejdsgiver*, der skal medregnes fuldt ud. Den årlig betalte sjette ferieuge, der er fastsat i UrlG's § 2, stk. 1, udgør derfor en »egentlig« loyalitetsydelse [56].

72. Samarbejdsudvalget har imidlertid anført, at bestemmelserne i UrlG ikke på en effektiv måde er egnede til at nå dette formål om loyalitet, idet der i praksis kun er meget få arbejdstagere, der har den fornødne anciennitet til at få ret til den årlig betalte sjette ferieuge, der er fastsat i UrlG's § 2, stk. 1. Bestemmelserne i UrlG beskytter i øvrigt ikke arbejdstagerne mod en eventuel afskedigelse, før de har opnået denne anciennitet. Det er endvidere muligt, at der findes foranstaltninger, som bedre sikrer loyaliteten.

73. Når dette er sagt, omfatter den vide skønsmargen, som medlemsstaterne råder over, således som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i punkt 69 i dette forslag til afgørelse, også *fastlæggelsen af de foranstaltninger, der er egnede til at sikre virkeliggørelsen af de social- og beskæftigelsespolitiske formål, som forfølges dermed*. Domstolen skal derfor i forbindelse med vurderingen af, om en lovgivning som UrlG er passende, ikke undersøge, om denne lovgivning udgør *den bedste måde at sikre arbejdstagernes loyalitet*. Det er tilstrækkeligt, at den er *egnet til at bidrage til denne loyalitet*. Dette er efter min opfattelse tilfældet.

74. For det andet, hvad angår spørgsmålet, om bestemmelserne i UrlG er nødvendige i forhold til det forfulgte formål om loyalitet, skal den vide skønsmargen, som medlemsstaterne er tillagt, også tillægges betydning i denne forbindelse. Det tilkommer navnlig ikke Domstolen at fastslå, hvad der tilnærmelsesvis udgør en passende anciennitet, idet den ellers vil sætte sig i den nationale lovgivers sted. Den omstændighed alene, at der findes andre metoder til at belønne loyalitet, og som uden tvivl anvendes i andre medlemsstater, er ligeledes heller ikke her tilstrækkelig til at anse bestemmelserne i UrlG for uforholdsmæssige [57].

75. Det må i forbindelse med vurderingen af, om bestemmelserne i UrlG er nødvendige, efter min opfattelse ikke glemmes, at disse bestemmelser giver arbejdstagerne en *fordel*, der går ud over, hvad der kræves i henhold til direktiv 2003/88. De arbejdstagere, der ikke opnår ret til den årlig betalte sjette ferieuge, der er fastsat i UrlG's § 2, stk. 1, vil til enhver tid have mulighed for at opnå en ferieuge mere end det minimumskrav på fire ugers ferie, der er sikret ved dette direktiv.

54 – Domstolen har således fastslået, at de forskellige offentlige enheder og administrationer i en medlemsstat udgør forskellige arbejdsgivere. Jf. fodnote 32 i dette forslag til afgørelse og den deri nævnte retspraksis.

55 – Dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 84), og af 5.12.2013, SALK (C-514/12, EU:C:2013:799, præmis 38). I visse tidligere sager har Domstolen endog fastslået, at de omhandlede foranstaltninger *ikke reelt tilsigtede at nå det påberåbte formål om loyalitet* (jf. dom af 15.1.1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, EU:C:1998:3, præmis 26), og af 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, præmis 49)).

56 – Det er derfor fuldstændig logisk, at de beskæftigelsesperioder, der er tilbagelagt ved tidligere arbejdsgivere, i den ordning, der følger af UrlG, kun medregnes i et meget lille omfang, idet disse perioder ganske enkelt ikke kan sidestilles med de perioder, der er tilbagelagt ved den nuværende arbejdsgiver, når der henses til det forfulgte formål om loyalitet. Der burde teoretisk set slet ikke tages hensyn til beskæftigelsesperioderne ved de tidligere arbejdsgivere. Den omstændighed, at der tages hensyn til disse perioder med fem år, således som det er fastsat i UrlG's § 3, stk. 2 og 3, har imidlertid efter min opfattelse ganske enkelt til formål at lempe på strengheden af 25 års anciennitet-reglen og bidrager således til denne regels forholdsmæssighed.

57 – Jf. analogt på området for fri udveksling af tjenesteydelser dom af 10.5.1995, Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:126, præmis 51), og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Alpine Investments (C-384/93, EU:C:1995:15, punkt 88).

76. De omtvistede bestemmelser er i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, i øvrigt ikke på nogen måde til hinder for, at en arbejdsgiver belønner sine arbejdstageres loyalitet på andre måder. EurothermenResort Bad Schallerbach har anført, uden at blive modsagt på dette punkt, at der findes en lang række andre foranstaltninger i østrigsk ret. Dette selskab og den østrigske regering har endvidere anført, at arbejdsmarkedets parter og de individuelle arbejdsgivere i den enkelte virksomhed kan gå videre end bestemmelserne i UrlG, bl.a. ved at gøre tildelingen af en årlig betalt sjette ferieuge betinget af en mindre anciennitet, hvilket Kommissionen selv medgav i retsmødet.

77. Endelig medfører den nævnte foranstaltning ikke en afskærmning af det nationale marked som beskrevet i Köbler-dommen [58]. Jeg bemærker i denne forbindelse, at Domstolen i den nævnte dom fastslog, at det omhandlede særlige anciennitetstillæg – ved kun at belønne arbejdstagernes erhvervserfaring opnået ved offentlige østrigske universiteter – kunne have betydning for den beslutning, som disse professorer traf ved valget mellem en stilling på et østrigsk universitet og en stilling på et universitet i en anden medlemsstat, hvilket medførte en afskærmning af det nationale arbejdsmarked i strid med selve princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, hvilket medvirkede til, at denne lovgivning blev anset for ikke at være begrundet [59]. Eftersom en arbejdstager i forhold til indrømmelsen af en årlig betalt sjette ferieuge afbryder sit anciennitetsforløb, uanset om den pågældende opnår beskæftigelse hos en national arbejdsgiver eller en arbejdsgiver i en anden medlemsstat, er bestemmelserne i UrlG til gengæld i det foreliggende tilfælde ikke styrende for den pågældende i forhold til, om vedkommende skal vælge mellem beskæftigelse ved en østrigsk virksomhed eller beskæftigelse ved en virksomhed i en anden medlemsstat [60].

78. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger er det min opfattelse, at bestemmelser som UrlG's § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1, er begrundede og forholdsmæssige.

V. Forslag til afgørelse

79. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) forelagte spørgsmål som følger:

»Artikel 45, stk. 1 og 2, TEUF og artikel 7, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5. april 2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter en arbejdstager, som har tilbagelagt en beskæftigelsesperiode på i alt 25 år, men ikke ved én og samme arbejdsgiver, alene har ret til fem ugers årlig ferie, hvorimod en arbejdstager, som har tilbagelagt en beskæftigelsesperiode på 25 år ved samme østrigske arbejdsgiver, har ret til seks ugers årlig ferie.«

58 – Jf. i denne retning dom af 30.9.2003, C-224/01, EU:C:2003:513.

59 – Dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 85 og 86).

60 – Det er korrekt, at loyalitet altid i et vist omfang vil være i strid med logikken bag den frie bevægelighed, der er sikret i EUF-traktaten. En loyalitetsforanstaltning belønner den manglende bevægelighed, mens bestemmelserne i EUF-traktaten fremmer bevægeligheden. Dette er imidlertid ikke uforeneligt med EU-retten. EU-retten er ikke til hinder for etableringen af stabile og varige relationer, uanset om der er tale om erhvervsmæssige eller personlige relationer.