1. Godtgørelser, der af arbejdsgiveren ydes arbejdstageren ved arbejdsforholdets ophør, udgør en form for opsat løn, som arbejdstageren har ret til som følge af arbejdsforholdet, men som først udbetales ved arbejdsforholdets ophør med det formål at gøre det lettere for arbejdstageren at tilpasse sig de nye forhold, der opstår i den anledning. En sådan godtgørelse er dermed omfattet af begrebet løn i Traktatens artikel 119's forstand.

2. EØF-Traktatens artikel 119 er til hinder for at anvende en bestemmelse i en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte i en medlemsstat, hvorefter arbejdsgiverne er berettiget til at udelukke deltidsbeskæftigede fra at få udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse ved arbejdsforholdets ophør, når det viser sig, at en betydelig mindre procentdel af mænd end af kvinder har deltidsbeskæftigelse, medmindre arbejdsgiveren godtgør, at bestemmelsen er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

3. Når en bestemmelse i en kollektiv overenskomst fører til en indirekte forskelsbehandling, skal medlemmerne af den gruppe, der stilles ugunstigt, det være sig mænd eller kvinder, behandles på samme måde og være omfattet af de samme regler som de øvrige arbejdstagere i forhold til beskæftigelsens omfang, idet disse regler er de eneste, man kan henholde sig til, når Traktatens artikel 119 ikke er korrekt gennemført i national ret.

RETSMØDERAPPORT
i sag C-33/89 *

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

Sagsøgeren i hovedsagen, Maria Kowalska (i det følgende benævnt sagsøgeren), var fra den 1. oktober 1974 til den 31. juli 1987 ansat som deltidsbeskæftiget funktionær inden for politi- og retsvæsenet hos sagsøgte i hovedsagen, Freie und Hansestadt Hamburg (i det følgende benævnt »sagsøgte«). Hendes sidste månedsløn udgjorde 1 477,01 DM. Arbejdsforholdet var omfattet af bestemmelserne i Bundesangestelltentarifvertrag (en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte funktionærer, i det følgende benævnt BAT). I henhold til BAT's § 62 har funktionærer, med hvem der er aftalt normal arbejdstid, ret til fratrædelsesgodtgørelse (»Übergangsgeld«) ved arbejdsforholdets ophør, såfremt de opfylder en række nærmere betingelser. Det er ubestridt mellem parterne, at sagsøgeren opfyldte alle betingelserne for at have ret til fratrædelsesgodtgørelse, bortset fra betingelsen om, at godtgørelsen kun ydes til funktionærer, hvis ugentlige arbejdstid udgør mindst 38 timer. Det er endvidere ube-

* Processprog: tysk.

stridt, at fratrædelsesgodtgørelsen — såfremt sagsøgeren havde ret til den — ville udgøre brutto 4 431,03 DM i henhold til BAT's § 63.

Fratrædelsesgodtgørelsen er en form for overgangsydelse, der til opfyldelse af arbejdsgiverens omsorgspligt erlægges i tilfælde, hvor funktionærer uforskyldt udtræder af ansættelsesforhold inden for det offentlige (f. eks. når de falder for aldersgrænsen, lader sig pensionere eller bliver uarbejdsdygtige). Fratrædelsesgodtgørelse har altid været forbeholdt fuldtidsbeskæftigede, idet reglerne har udviklet sig i tilknytning til tjenestemandsretten, der kun kendte fuldtidsbeskæftigede. Fratrædelsesgodtgørelsen blev — efter talrige ændringer — indføjet i BAT i 1961. Ved samme lejlighed blev den åbenlyse diskrimination af kvinder fjernet og de nugældende bestemmelser vedtaget.

I forhold til det samlede antal deltidsbeskæftigede, henholdsvis fuldtidsbeskæftigede offentligt ansatte funktionærer i Forbundsrepublikken Tyskland, er der betydeligt flere deltidsbeskæftigede kvindelige funktionærer end fuldtidsbeskæftigede kvindelige funktionærer. I 1987 var 55,5% af de fuldtidsbeskæftigede funktionærer, der var ansat direkte ved forbundsstats- eller delstatsforvaltningen, kvinder, mens 52,5% af de fuldtidsbeskæftigede funktionærer i kommuner mv. var kvinder. Af de statsansatte funktionærer var 77,3% af de deltidsbeskæftigede derimod kvinder, mens tallet var 97,8% for kommuner mv. Blandt de deltidsbeskæftigede funktionærer med en arbejdstid på 20 timer pr. uge eller derover, var 90,2% kvinder.

Sagsøgeren fyldte 60 år den 10. juli 1987 og ophørte med at arbejde for sagsøgte fra den 31. juli 1987. I denne forbindelse anmodede hun sagsøgte om udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse i henhold til BAT's § 62, men dette blev afslået. Derefter anlagde hun sag ved Arbeitsgericht Hamburg med påstand om, at sagsøgte tilpligtedes at betale hende fratrædelsesgodtgørelse. Til støtte herfor gjorde hun blandt andet gældende, at den omstændighed, at udbetaling af fratrædelsesgodtgørelse er forbeholdt fuldtidsbeskæftigede, er en indirekte forskelsbehandling af kvinder, der er i strid med EØF-Traktatens artikel 119 samt 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. Hun anførte endvidere, at den forskel i reglerne for fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede funktionærer, der består i henhold til overenskomsten, ikke er objektivt begrundet. Sagsøgte gjorde gældende, at den forskellige behandling af fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede funktionærer er objektivt begrundet, fordi deltidsbeskæftigede ikke stiller deres fulde arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren.

Arbeitsgericht Hamburg har fundet det tvivlsomt, dels om de nævnte overenskomstbestemmelser er forenelige med fællesskabsretten, dels hvilke retlige konsekvenser en eventuel uforenelighed mellem den kollektive overenskomst og fællesskabsretten kan have under hensyn til overenskomstparternes ret til selvregulering. Retten har derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen i medfør af EØF-Traktatens artikel 177:

»1) Foreligger der en overtrædelse af artikel 119 i EØF-Traktaten af 1957 i form af en 'indirekte forskelsbehandling af kvinder', når det i en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte i Forbundsrepublikken Tyskland bestemmes, at funktionærer ved udtrædelse af ansættelsesforholdet, som de ikke selv er skyld i (især når de falder for aldersgrænsen og dermed pensioneres, når de bliver uarbejdsdygtige, eller der sker en væsentlig nedsættelse af deres arbejdsevne), får udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse på indtil fire måneders løn, som har sit historiske grundlag i tjenestemandsretten, mens funktionærer, med hvem der ikke er aftalt fuld normal arbejdstid (38 timer ugentlig), er undtaget fra udbetalingen af denne godtgørelse, og når deltidsbeskæftigede kvinder udgør en betydelig større del af det samlede antal deltidsbeskæftigede funktionærer, der er omfattet af overenskomsten, end kvinder udgør af det samlede antal fuldtidsbeskæftigede funktionærer, der er omfattet af overenskomsten?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Følger det da af EØF-Traktatens artikel 119, sammenholdt med artikel 117, og/eller af bestemmelserne i Rådets direktiv 75/117/EØF, at deltidsbeskæftigede trods reglerne i overenskomsten har krav på godtgørelse (i forhold til beskæftigelsens omfang), eller kan der ikke antages at foreligge et sådant krav på grund af overenskomstparternes ret til selvregulering?«

I forelæggelseskendelsen har Arbeitsgericht Hamburg givet udtryk for, at bestemmelsen i BAT's § 62 om, at deltidsbeskæftigede ikke kan få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse, er en indirekte forskelsbehandling af kvinder, der ikke er objektivt begrundet. Efter rettens opfattelse kan det offentlige som arbejdsgiver ikke have et særligt behov for at foretrække fuldtidsbeskæftigede, når det store antal deltidsbeskæftigede tages i betragtning. Retten finder det dog tvivlsomt, om det forhold, at der foreligger en indirekte forskelsbehandling, giver de deltidsbeskæftigede et retskrav på ydelsen, eller om overenskomstparternes ret til selvregulering er til hinder for, at retten afhjælper den manglende regulering, der er en følge af, at den kollektive overenskomst eventuelt er i strid med fællesskabsretten.

Arbeitsgericht Hamburgs forelæggelseskendelse er registreret på Domstolens Justitskontor den 9. februar 1989.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen ved advokat Klaus Bertelsmann, Hamburg, og professor Heide Pfarr, af sagsøgte i hovedsagen ved advokaterne Wolfgang Scheer og Rolf Stahmer, Hamburg, og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Bernhard Jansen, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Ved beslutning af 18.

oktober 1989 har Domstolen henvist sagen til Sjette Afdeling.

II — Skriftlige indlæg for Domstolen

Spørgsmål 1

Sagsøgeren har anført, at den fratrædelsesgodtgørelse, der er hjemmel for i overenskomsten, utvivlsomt er »løn« i Traktatens artikel 119's forstand. Den ulige aflønning af deltidsbeskæftigede og fuldtidsbeskæftigede som følge af BAT's § 62 er en indirekte diskrimination af kvinder og er dermed i strid med EØF-Traktatens artikel 119 og direktiv 75/117/EØF. Udelukkelsen af deltidsbeskæftigede fra at modtage fratrædelsesgodtgørelse kan — når de vanskeligheder, kvindelige arbejdstagere har ved at arbejde på fuld tid, tages i betragtning — ikke være begrundet i forhold, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Der er ingen objektiv begrundelse for at udelukke gruppen af deltidsbeskæftigede fra at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse i henhold til BAT's § 62.

Når deltidsbeskæftigede udelukkes fra at modtage fratrædelsesgodtgørelse, behandles de dermed ringere, end de har krav på i forhold til deres arbejdstid, idet forskellen mellem fuldtids- og deltidsarbejde ikke bør medføre, at deltidsbeskæftigede overhovedet ikke modtager ydelser, men kun bør føre til, at ydelsernes størrelse fastsættes i forhold til arbejdstiden. Således bør deltidsbeskæftigede, hvis arbejdstid udgør halvdelen af de fuldtidsbeskæftigedes, kun få udbetalt halvdelen af den fratrædelsesgodtgørelse, fuldtidsbeskæftigede har ret til. Kun herved er der sikkerhed for, at deltidsbeskæftigede behandles på en måde, der svarer til deres arbejdstid, og kun på denne måde kan man undgå den indirekte diskrimination af kvinder, der ellers vil være resultatet.

Sagsøgte har anført, at fratrædelsesgodtgørelsen i henhold til BAT's § 62 ikke falder ind under lønbegrebet i EØF-Traktatens artikel 119, stk. 2, da godtgørelsen ikke udbetales direkte som modydelse for arbejde eller tjeneste. Formålet med godtgørelsen er derimod at lette overgangen til en ny beskæftigelse, til et andet erhverv eller til tilværelsen som pensionist for arbejdstagere, der af bestemte grunde er udtrådt af arbejdsforholdet. Sagsøgte har desuden henvist til, at fratrædelsesgodtgørelsen oprindelig var lovbestemt, da udbetalingen af fratrædelsesgodtgørelse forud for indgåelsen af BAT af 23. februar 1961 var reguleret ved bekendtgørelse eller anordning.

Subsidiært har sagsøgte anført, at der ikke kan foreligge en diskrimination af deltidsbeskæftigede kvindelige arbejdstagere, når den bestemmelse, der hjemler ret til ydelsen, efter sit anvendelsesområde endog er mere fordelagtig for kvindelige arbejdstagere end for mandlige arbejdstagere eller indeholder kriterier, som på grund af køn kun giver kvindelige arbejdstagere ret til ydelsen. Dette er tilfældet for BAT's § 62. Sagsøgte har i denne forbindelse specielt henvist til pensionslovgivningen, hvorefter kun kvindelige arbejdstagere har mulighed for at få alderspension fra de fylder 60 år. I så fald har kvindelige funktionærer ret til fratrædelsesgodtgørelse i henhold til BAT. Retten til

fratrædelsesgodtgørelse ved frivillig ophævelse af arbejdsforholdet efter en fødsel kommer også kun kvinder til gode.

Heroverfor har *Kommissionen* anført, at fratrædelsesgodtgørelse falder ind under begrebet løn i EØF-Traktatens artikel 119, da der er tale om en pengeydelse, som arbejdsgiveren betaler direkte til arbejdstageren, og da selve retten til godtgørelsen og dens størrelse afhænger af arbejdsforholdets varighed og den aftalte månedsløn. Til støtte herfor har Kommissionen henvist til Domstolens domme af henholdsvis 25. maj 1971, Defrenne I (sag 80/70, Sml. s. 109) og 9. februar 1982, Garland (sag 12/81, Sml. s. 359). Som det fremgår af dommen af 8. april 1976, Defrenne II (sag 43/75, Sml. s. 455), gælder diskriminationsforbudet i EØF-Traktatens artikel 119 også i forbindelse med kollektive overenskomster. Da forbudet er udtryk for en grundrettighed, har overenskomstparterne ikke adgang til at fravige det.

Som det fremgår af såvel EF-statistikker som nationale statistikker udgør kvinder — blandt de offentligt ansatte i Forbundsrepublikken Tyskland — en væsentlig lavere procentdel af de fuldtidsbeskæftigede end af de deltidsbeskæftigede, hvoraf mere end tre fjerdedele er kvinder. Endvidere giver de omstændigheder, parterne har fremført for den forelæggende ret, efter Kommissionens opfattelse ikke holdepunkter for at antage, at den diskrimination af deltidsbeskæftigede, som den manglende ret til at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse er udtryk for, kan være objektivt begrundet. I denne forbindelse taler overenskomstbestemmelsens tilblivelse sit tydelige sprog, idet bestemmelsen i dens oprindelige udformning endog indebar en direkte diskrimination af kvinder. Argumentet om, at deltidsbeskæftigede — i modsætning til fuldtidsbeskæftigede — ikke stiller deres fulde arbejdskraft til rådighed for det offentlige som arbejdsgiver, kan højst føre til, at man anvender en proportionalitetsregel, men ikke til, at der overhovedet ikke består en ret til ydelsen. Den omstændighed, at fratrædelsesgodtgørelsen blev indført med forbillede i et tjenestemandsretligt system, der kun kendte fuldtidsbeskæftigede, kan heller ikke være en fyldestgørende begrundelse i denne sammenhæng. Endelig kan det i betragtning af den betydning, deltidsbeskæftigelse har på arbejdsmarkedet, heller ikke hævdes, at det offentlige som arbejdsgiver ikke skulle have en omsorgspligt for deltidsbeskæftigede svarende til den, der gælder for fuldtidsbeskæftigede. Efter Kommissionens opfattelse kan dette således ikke være en holdbar begrundelse.

Kommissionen har herefter foreslået, at Domstolen besvarer spørgsmål 1 således:

»En bestemmelse i en kollektiv overenskomst, hvorefter deltidsbeskæftigede ikke har ret til en fratrædelsesgodtgørelse, der ydes ved uforskyldt udtrædelse af arbejdsforholdet, må under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, betragtes som en indirekte diskrimination af kvinder og dermed som en tilsidesættelse af EØF-Traktatens artikel 119, medmindre arbejdsgiveren over for den forelæggende ret godtgør, at bestemmelsen er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.«

Spørgsmål 2

Sagsøgeren har anført, at spørgsmål 2 må besvares med, at de deltidsbeskæftigede, der i henhold til BAT ikke har ret til fratrædelsesgodtgørelse, uanset overenskomstens bestemmelser har ret til fratrædelsesgodtgørelse i forhold til beskæftigelsens omfang. Til støtte herfor har sagsøgeren henvist til den nævnte dom af 8. april 1976 og til dommene af 4. december 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging (sag 71/85, Sml. s. 3855) og 24. juni 1987, Borrie Clarke (sag 384/85, Sml. s. 2865).

Efter sagsøgerens opfattelse må man i forbindelse med kollektive overenskomster, der er i strid med fællesskabsretten, nå til det resultat, at diskriminationen kun må fjernes på den måde, at den personkreds, der diskrimineres, skal have ret til de ydelser, som den sammenlignet med den favoriserede persongruppe skulle have, hvis diskriminationen ikke fandt sted. Det kan ikke forenes med »grundretten« i henhold til EØF-Traktatens artikel 117, at resultatet af den diskriminerede persongruppes indsigelser i forbindelse med diskriminerende overenskomstbestemmelser kunne være, at favoriseringen ikke blev fjernet ved at hæve den lavere løn for samme arbejde, men derimod ved hjælp af bestemmelser af anden art. Overenskomstparterne må dog have fri adgang til at aftale andre, ikke-diskriminerende bestemmelser med virkning for fremtiden.

Sagsøgte har anført, at det må være unødvendigt at besvare spørgsmål 2. For det tilfælde, at spørgsmål 1 besvares bekræftende, har sagsøgte gjort gældende, at spørgsmålet om retsvirkningerne af, at bestemmelser i kollektive overenskomster strider mod fællesskabsretten, i hvert fald må være et spørgsmål, der skal løses i henhold til national ret, når den nationale retsorden giver tilstrækkelig mulighed for at sikre, at EF-retten anvendes umiddelbart. Dette er tilfældet for overenskomstbestemmelser i Forbundsrepublikken Tyskland, hvor det i *Bürgerliches Gesetzbuch* § 134 bestemmes, at en retshandel (herunder kollektive overenskomster), som strider mod et forbud i lovgivningen, er ugyldig, medmindre andet fremgår af loven. Sagsøgte har endvidere henvist til BGB's §§ 139 og 140, der principielt også gælder inden for den kollektive overenskomstret. I denne sammenhæng må en overtrædelse af forbud i henhold til EØF-Traktaten være ligestillet med et forbud som omhandlet i BGB's § 134. I henhold til den nationale lovgivning er der således sikkerhed for, at EF-retten anvendes umiddelbart. I det konkrete tilfælde må det påhvile de nationale retsinstanser at afgøre, om en overenskomstbestemmelse, som strider mod diskriminationsforbudet, er ugyldig, delvis ugyldig eller skal omfortolkes.

Subsidiært har sagsøgte gjort gældende, at såfremt BAT's § 62 rent faktisk antages at indeholde en lønbestemmelse og at være diskriminerende, må bestemmelsen som helhed være ugyldig. Det må være udelukket, at begrænsningen til fuldtidsbeskæftigede medarbejdere er delvis ugyldig. Dette må følge af, at overenskomstparterne ikke ville have vedtaget at lade BAT's § 62 gælde, hvis de havde været bekendt med, at begrænsningen til fuldtidsbeskæftigede medarbejdere var ugyldig.

Den nævnte dom af 8. april 1976 kan heller ikke føre til en anden bedømmelse. Dom-

men angik et tilfælde, hvor det ikke havde betydning for den favoriserede gruppes krav på højere løn, om de bestemmelser, der var gældende for den forfordelte gruppe, fandtes ugyldige, og hvor en medlemsstat ikke havde villet udligne favoriseringen ved at hæve de lavere lønninger for samme arbejde, men ved hjælp af andre bestemmelser. I den foreliggende sag er der derimod en ubrydelig sammenhæng mellem begunstigelsen af den ene gruppe og forfordelingen af den anden.

Fratrædelsesgodtgørelsen er en usædvanlig ydelse fra arbejdsgiverside. Den er ikke særlig udbredt på arbejdsmarkedet, og den har en særlig retlig karakter. Det er derfor ikke nødvendigt at opretholde den for at forbedre leve- og arbejdsvilkårene på et stadigt stigende niveau.

Sagsøgte har endelig henvist til den adgang, overenskomstparterne i Forbundsrepublikken Tyskland har til at regulere deres egne forhold. I Rom-Traktaten forudsættes det, at der findes kollektive overenskomster, jfr. artikel 118, hvorefter der skal tilstræbes et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne med hensyn til organisationsretten og retten til kollektive forhandlinger. Det ville være i strid med overenskomstparternes ret til selvregulering, hvis Domstolen opstillede en »mestbegunstigelsesklausul« i den forstand, at en begunstigelse af én gruppe, samtidig med at en anden gruppe diskrimineres, ikke skulle føre til, at begunstigelsen kendtes ugyldig, men til at den diskriminerede gruppe fik krav på fuldt ud at få del i begunstigelsen.

En afgørelse i denne retning vil efter sagsøgtes opfattelse kun kunne træffes med virkning for den allerede forløbne tid, og da kun for de arbejdstagere, der allerede har klaget eller anlagt sag. For dette tidsrum ville der endda kun være adgang til at fremføre et sådant krav, hvis overenskomstparterne ikke havde nogen anden mulighed for at fjerne den ulige behandling, der er sket. For fremtidige retsforhold må det være overladt til overenskomstparterne at afgøre, hvordan de erstatter eller supplerer en ugyldig overenskomstbestemmelse med en anden, gyldig bestemmelse. Så længe overenskomstparterne ikke har vedtaget nye bestemmelser, har hverken de mandlige eller kvindelige arbejdstagere ret til den pågældende ydelse. Dermed er ligelønsprincippet for så vidt også respekteret, således at der heller ikke findes et område, der ikke er reguleret ved overenskomst, og dermed et behov for nye overenskomstbestemmelser.

Kommissionen har anført, at det følger af Domstolens praksis, at diskriminationsforbuddet sætter grænsen for overenskomstparternes handlefrihed. Overenskomstparterne kan ganske vist fjerne en bestående diskrimination på forskellig måde, i det foreliggende tilfælde f. eks. ved også at lade bestemmelserne om fratrædelsesgodtgørelse omfatte deltidsbeskæftigede eller ved at afskaffe fratrædelsesgodtgørelsen, i forbindelse med den førstnævnte mulighed eventuelt også ved at ændre godtgørelsens størrelse. Men så længe dette ikke er sket, er de bestemmelser, der gælder for fuldtidsbeskæftigede, de eneste man vil kunne henholde sig til. For de deltidsbeskæftigede betyder dette rent konkret (under de omstændigheder, der foreligger i denne sag), at de også har ret til fratrædelsesgodtgørelse, i det omfang de opfylder alle de øvrige betingelser herfor. Herved er der allerede sikkerhed for, at proportionalitetsreglen følges, idet fratrædelsesgodtgørelsen beregnes på grundlag af den sidst udbetalte løn. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til

Domstolens dom af 8. april 1976, jfr. ovenfor, samt til dommen af 24. marts 1987, McDermott og Cotter (sag 286/85, Sml. s. 1453) og dommen af 24. juni 1987, jfr. ovenfor.

Sammenfattende har Kommissionen foreslået, at spørgsmålet besvares således:

»Når en bestemmelse i en kollektiv overenskomst er i strid med EØF-Traktatens artikel 119, har de retsinstanser, spørgsmålet indbringes for, ret og pligt til — i givet fald under hensyn til proportionalitetsprincippet — at bringe tilsidesættelsen til ophør ved at anvende de mere fordelagtige regler, der gælder for de ikke-diskriminerede arbejdstagere, på de arbejdstagere, der forfordeles.«

T. F. O'Higgins
Refererende dommer