1. De door de werkgever aan de werknemer bij beëindiging van de dienstbetrekking toegekende overgangstoelage vormt een soort uitgestelde beloning, waarop de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking aanspraak heeft, maar die hem eerst bij beëindiging van zijn dienstbetrekking wordt uitbetaald om hem de aanpassing aan de daardoor ontstane nieuwe omstandigheden te vergemakkelijken. Daaruit volgt, dat een dergelijke toelage onder het begrip beloning in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag valt.

2. Artikel 119 EEG-Verdrag verzet zich tegen de toepassing van een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst voor de nationale overheidsdienst, op grond waarvan de werkgevers deeltijdwerknemers mogen uitsluiten van de toekenning van een overgangstoelage bij beëindiging van de dienstbetrekking, wanneer blijkt dat een aanzienlijk kleiner percentage mannen dan vrouwen in deeltijd werkzaam is, tenzij de werkgever aantoont, dat de betrokken bepaling haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht.

3. In geval van indirecte discriminatie in een collectieve arbeidsovereenkomst hebben de leden van de door die discriminatie benadeelde groep, ongeacht hun geslacht, naar evenredigheid van hun arbeidstijd recht op dezelfde behandeling en toepassing van dezelfde regeling als de andere werknemers, waarbij die regeling, zolang artikel 119 EEG-Verdrag niet naar behoren in nationaal recht is omgezet, het enig bruikbare referentiekader blijft.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-33/89 *

I — Feiten en procesverloop

Mevrouw M. Kowalska, verzoekster in het hoofdgeding (hierna: verzoekster), was van 1 oktober 1974 tot en met 31 juli 1987 in deeltijd werkzaam als gerechtsmedewerkster bij verweerster in het hoofdgeding, de Freie und Hansestadt Hamburg (hierna: verweerster). Haar laatste bruto maandsalaris bedroeg 1 477,01 DM. De dienstbetrekking werd beheerst door de collectieve arbeidsovereenkomst voor arbeidscontractanten in openbare dienst (Bundesangestelltentarifvertrag, hierna: BAT). Ingevolge artikel 62 BAT hebben medewerkers met wie de volle werktijd is overeengekomen, bij beëindiging van hun tewerkstelling onder bepaalde voorwaarden recht op een overgangstoelage. Onbetwist is, dat verzoekster aan alle voorwaarden voor toekenning van die overgangstoelage voldoet, behalve aan de voorwaarde dat de medewerker ten minste 38 uur per week werkzaam moet zijn.

* Procestaal: Duits.

Voorts is niet in geding, dat de overgangstoelage waarop verzoekster recht zou hebben, ingevolge artikel 63 BAT 4 431,03 DM bruto zou bedragen.

De overgangstoelage wordt toegekend als een soort overbruggingshulp, die de werkgever betaalt uit hoofde van zijn zorgplicht bij niet-verwijtbare beëindiging van de dienstbetrekking in de openbare dienst (bij voorbeeld het bereiken van de leeftijdsgrens, pensionering of arbeidsongeschiktheid). Zij is van meet af aan beperkt tot voltijdwerknemers, daar zij is overgenomen uit een regeling in het ambtenarenrecht, die alleen voor de volle tijd werkzaam personeel kende. De overgangstoelage werd in 1961 na talrijke wijzigingen in het BAT opgenomen; bij die gelegenheid werd de openlijke benadeling van vrouwelijke personeelsleden afgeschaft en de thans nog geldende regeling overeengekomen.

Het percentage in deeltijd werkzame vrouwen in de openbare dienst is in de Bondsrepubliek Duitsland aanzienlijk hoger dan het percentage full-time werkzame vrouwen. Bij de eigenlijke openbare dienst was in 1987 55,5 % van de full-time werkende personeelsleden vrouw; bij de overige openbare diensten was dat 52,5 %. Het percentage vrouwen van de in deeltijd werkzame personeelsleden in de eigenlijke openbare dienst bedroeg 77,3 %, in de overige openbare diensten 97,8 %. Het in deeltijd voor twintig of meer uur per week werkzame personeel bestond voor 90,2 % uit vrouwen.

Bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd, op 10 juli 1987, beëindigde verzoekster per 31 juli 1987 het dienstverband met verweerster. Zij vroeg daarop een overgangstoelage aan ingevolge artikel 62 BAT, welke aanvraag werd afgewezen. Verzoekster vordert voor het Arbeitsgericht Hamburg betaling van deze vergoeding door verweerster. Zij stelt met name, dat de beperking van het recht op deze vergoeding tot voltijdwerknemers een indirecte discriminatie van vrouwen vormt en daarmee in strijd is met artikel 119 EEG-Verdrag en richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. Voor het onderscheid tussen voltijd- en deeltijdwerknemers in de CAO zou geen objectieve rechtvaardiging te vinden zijn. Volgens verweerster daarentegen wordt de ongelijke behandeling van voltijd- en deeltijdwerknemers hierdoor gerechtvaardigd, dat deeltijdwerknemers de werkgever niet hun gehele arbeidsvermogen ter beschikking stellen.

Het Arbeitsgericht Hamburg twijfelt over de vraag, of de in geding zijnde CAO-regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, alsmede welke rechtsgevolgen uit de eventuele onverenigbaarheid van de CAO-regeling met het gemeenschapsrecht voortvloeien, gelet op de autonomie van partijen bij de totstandkoming van CAO's. Het heeft dan ook de behandeling van de zaak geschorst en het Hof ingevolge artikel 177 EEG-Verdrag de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Is met artikel 119 EEG-Verdrag in strijd als ‚indirecte discriminatie van vrouwelijke werknemers', de in een collectieve arbeidsovereenkomst voor de openbare dienst van de Bondsrepubliek Duitsland voorziene (en historisch uit het ambtenarenrecht gegroeide) overgangstoelage van maximaal vier maandsalarissen in geval van niet-verwijtbare beëindiging van de dienstbetrekking (inzonderheid wegens het bereiken van de leeftijdsgrens, pensionering, arbeidsongeschiktheid of belangrijke vermindering van de arbeidsgeschiktheid), wanneer daarvan zijn uitgesloten de arbeidscontractanten met wie niet de normale volledige arbeidsduur (38 uur per week) is overeengekomen, en bij de onder de CAO vallende deeltijdwerknemers het percentage vrouwen aanzienlijk groter is dan bij de onder de CAO vallende voltijdwerknemers?

2) Zo ja, volgt uit artikel 119 juncto artikel 117 EEG-verdrag en/of richtlijn 75/117/EEG van de Raad, dat de deeltijdwerknemer in afwijking van de CAO-regeling een — aan zijn arbeidstijd evenredige — aanspraak heeft op de overgangstoelage, of stuit een dergelijke aanspraak af op de wilsautonomie van partijen bij de CAO?"

Naar de opvatting van de verwijzende rechter vormt de uitsluiting van deeltijdwerknemers van de overgangstoelage ingevolge artikel 62 BAT een objectief niet te rechtvaardigen indirecte discriminatie van vrouwen. Van een bijzondere behoefte van de overheid als werkgever aan een speciale voorkeursbehandeling van voltijdwerknemers is, gezien het grote aantal deeltijdwerknemers, geen sprake. Evenwel valt te betwijfelen, of die indirecte discriminatie voor deeltijdwerknemers een recht op betaling meebrengt, dan wel of de autonomie van partijen bij de CAO belet, dat de rechter de in geval van onverenigbaarheid van de CAO met het gemeenschapsrecht ontstane leemte in het recht opvult.

De verwijzingsbeschikking van het Arbeitsgericht Hamburg is op 9 februari 1989 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door K. Bertelsmann, advocaat te Hamburg, en professor H. Pfarr; verweerster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door W. Scheer en R. Stahmer, advocaten te Hamburg; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. Jansen, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij beschikking van 18 oktober 1989 heeft het

Hof de zaak naar de Zesde Kamer verwezen.

II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

De eerste vraag

Volgens *verzoekster* is de bij CAO overeengekomen overgangstoelage zonder meer een beloning in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag. De benadeling door artikel 62 BAT van deeltijdwerknemers ten opzichte van voltijdwerknemers bij de beloning vormt een indirecte discriminatie van vrouwen en derhalve een schending van artikel 119 EEG-Verdrag en van richtlijn 75/117/EEG. De uitsluiting van deeltijdwerknemers van de overgangstoelage kan, gezien de voor vrouwelijke werknemers bestaande problemen om als voltijdwerknemer te werken, niet worden verklaard door omstandigheden die discriminatie op grond van het geslacht uitsluiten. Er bestaan geen objectief gerechtvaardigde gronden voor de uitsluiting van deeltijdwerknemers van de overgangstoelage ingevolge artikel 62 BAT.

De uitsluiting van deeltijdwerknemers van de overgangstoelage benadeelt hen oneevenredig: het verschil tussen volle werktijd en deeltijd mag niet aldus worden gewaardeerd, dat deeltijdwerknemers in het geheel geen uitkeringen ontvangen, maar mag enkel naar evenredigheid invloed hebben op de hoogte van de uitkering. Zo zou aan deeltijdwerknemers die voor de helft van de werktijd werkzaam zijn, slechts de helft van de aan een voltijdwerknemer toekomende overgangstoelage moeten worden uitbetaald. Enkel daardoor wordt een evenredige behandeling van deeltijdwerknemers gewaarborgd en kan de indirecte discriminatie van vrouwen die anders zou optreden, worden vermeden.

Verweerster is dienaangaande van mening, dat de overgangstoelage in de zin van artikel 62 BAT niet onder het begrip beloning in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag valt, aangezien zij niet rechtstreeks voor geleverde arbeid of diensten wordt betaald, maar beoogt om aan de werknemer die op bepaalde gronden zijn dienstverband heeft beëindigd, de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking, een andere wijze van inkomensverwerving of een pensioen, te vergemakkelijken. Voorts heeft de overgangstoelage een wettelijke oorsprong, daar vóór de sluiting van het BAT op 23 februari 1961 de betaling van een overgangstoelage plaatsvond krachtens verordening, beschikking of CAO-regeling.

Subsidiair stelt verweerster, dat er geen sprake kan zijn van discriminatie van in deeltijd werkzame vrouwen, wanneer een regeling die een aanspraak verleent in haar toepassingsgebied zelfs gunstiger is voor vrouwelijke dan voor mannelijke werknemers, of voorwaarden voor het ontstaan van aanspraken bevat die de facto alleen door vrouwelijke werknemers kunnen worden vervuld. Dat is bij artikel 62 BAT het geval. Verweerster wijst in het bijzonder op de pensioenwetten, die uitsluitend vrouwelijke werknemers de mogelijkheid bieden van pensionering bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd; het BAT biedt daarbij aan vrouwelijke werknemers de mogelijkheid van de overgangstoelage. Ook de aanspraak

op de overgangstoelage bij vrijwillige beëindiging van de dienstbetrekking na de geboorte van een kind komt enkel aan vrouwen ten goede.

De *Commissie* is daarentegen van mening, dat de overgangstoelage een beloning is in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag, daar het hier gaat om een geldelijke uitkering die de werkgever rechtstreeks aan de werknemer betaalt, waarbij de aanspraak op de overgangstoelage wat de rechtsgrondslag en de hoogte betreft afhangt van de duur van de dienstbetrekking en de hoogte van het overeengekomen maandsalaris. Zij verwijst daarvoor naar de arresten van 25 mei 1971 (zaak 80/70, Defrenne I, Jurispr. 1971, blz. 445) en 9 februari 1982 (zaak 12/81, Garland, Jurispr. 1982, blz. 359). Blijkens het arrest van 8 april 1975 (zaak 43/75, Defrenne II, Jurispr. 1975, blz. 455) geldt het discriminatieverbod van artikel 119 EEG-Verdrag ook voor collectieve arbeidsovereenkomsten. Aangezien dit verbod het karakter van een grondrecht heeft, hebben de overeenkomstsluitende partijen niet het recht, dit te overtreden.

Uit de communautaire en nationale statistieken blijkt, dat het percentage vrouwen in de openbare dienst in de Bondsrepubliek Duitsland, die voor de volle tijd werkzaam zijn, veel lager is dan het percentage vrouwen dat in deeltijd werkzaam is. De deeltijdbanen worden voor meer dan 75% door vrouwen bezet. Bovendien bevat de argumentatie van partijen voor de verwijzende rechter geen aanwijzingen, dat de benadeling die deeltijdwerknemers ondergaan doordat zij van de overgangstoelage zijn uitgesloten, objectief gerechtvaardigd kan zijn. De ontstaansgeschiedenis van de in geding zijnde CAO-clausule spreekt in dit verband duidelijke taal, daar de bepaling in haar oorspronkelijke formulering zelfs een directe discriminatie van vrouwen inhield. De overweging dat deeltijdwerknemers — anders dan voltijdwerknemers — niet hun volledige arbeidskracht in dienst van de overheid als werkgever stellen, kan hooguit de toepassing van de evenredigheidsregel rechtvaardigen, maar niet een volledige uitsluiting van de uitkering. Ook de omstandigheid dat de overgangstoelage is ontworpen aan de hand van een ambtenarenregeling die slechts ambtenaren voor de volle werktijd kende, is in dit verband geen voldoende rechtvaardiging. Ten slotte kan, gezien de betekenis van deeltijdarbeid op de arbeidsmarkt, evenmin worden gesteld, dat op de overheid als werkgever tegenover deeltijdwerknemers — anders dan tegenover voltijdwerknemers — geen vergelijkbare zorgplicht rust. De Commissie ziet dan ook geen steekhoudende rechtvaardigingsgrond.

De Commissie stelt het Hof daarom voor, de eerste vraag te beantwoorden als volgt:

„Een CAO-regeling waarbij deeltijdwerknemers van een bij niet-verwijtbare beëindiging van het dienstverband toegekende overgangstoelage worden uitgesloten, is in de omstandigheden van het onderhavige geval te beschouwen als een indirecte discriminatie van vrouwen en derhalve als een schending van artikel 119 EEG-Verdrag, tenzij de werkgever naar genoegen van de verwijzende rechter aantoont, dat die regeling op objectieve factoren berust, die niets met discriminatie op grond van geslacht van doen hebben."

De tweede vraag

Volgens *verzoekster* moet de tweede vraag aldus worden beantwoord, dat de door het BAT uitgesloten deeltijdwerknemers in afwijking van de CAO-regeling aanspraak hebben op een overgangstoelage die in verhouding staat tot hun werktijd. Tot staving van haar stelling verwijst zij naar het reeds aangehaalde arrest van 8 april 1976 en naar de arresten van 4 december 1986 (zaak 71/85, FNV, Jurispr. 1986, blz. 3855) en 24 juni 1987 (zaak 384/85, Borrie Clarke, Jurispr. 1987, blz. 2865).

Bij collectieve regelingen als CAO's, die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, kan aan de discriminatie enkel aldus een einde worden gemaakt, dat de gediscrimineerde categorie personen aanspraak kan maken op de uitkeringen die zij zonder die discriminatie in vergelijking tot de bevoordeelde categorie zou moeten krijgen. Het is onverenigbaar met het „grondrecht" van artikel 117 EEG-Verdrag, dat bij discriminatie in CAO's het feit dat de gediscrimineerde categorie personen de zaak aan de rechter heeft voorgelegd, tot gevolg kan hebben dat de bevoordeling niet wordt opgeheven door verhoging van de lagere beloning voor gelijke arbeid, maar door regelingen van andere aard. Het staat partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst wel vrij, om voor de toekomst andere, niet-discriminerende regelingen in een nieuwe CAO overeen te komen.

Volgens *verweerster* is de tweede vraag zonder voorwerp. Voor het geval evenwel dat de eerste vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, stelt zij dat de vraag, welke gevolgen de schending van regels van gemeenschapsrecht door CAO-bepalingen heeft, in elk geval dan een vraag van nationaal recht is, indien het nationale recht over voldoende instrumenten beschikt om de rechtstreekse werking van het recht van de Europese Gemeenschap te waarborgen. Dat is het geval bij de CAO-regelingen in de Bondsrepubliek Duitsland, daar ingevolge artikel 134 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) elke rechtshandeling (de collectieve arbeidsovereenkomst daaronder begrepen) die een overtreding vormt van een wettelijk verbod, nietig is, tenzij de wet anders bepaalt. Verweerster wijst ook op de artikelen 139 en 140 BGB, die in beginsel ook voor collectieve arbeidsovereenkomsten gelden. Overtreding van in het EEG-Verdrag vervatte verboden staat gelijk aan overtreding van een wettelijk verbod in de zin van artikel 134 BGB. De nationale rechtsorde verzekert in zoverre derhalve de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht. Het staat aan de nationale rechter om in het concrete geval te beslissen, of een CAO-bepaling die het discriminatieverbod overtreedt, nietig of gedeeltelijk nietig is, dan wel in een geldige bepaling moet worden omgezet.

Subsidiair stelt verweerster, dat zo artikel 62 BAT inderdaad een beloning mocht betreffen en bovendien discriminerend is, de hele bepaling nietig is. Gedeeltelijke nietigheid, namelijk voor zover zij zich beperkt tot voltijdwerknemers, is uitgesloten. Dat volgt uit de omstandigheid, dat partijen bij de CAO de gelding van artikel 62 BAT niet zouden hebben gewild, indien zij met de nietigheid van de beperking tot voltijdwerknemers bekend waren geweest.

Bovengenoemd arrest van 8 april 1976 leidt niet tot een ander oordeel. Dat arrest heeft

betrekking op een geval, waarin het recht van de bevoordeelde groep op een hoger salaris niet zou worden aangetast door nietigheid van de voor de benadeelde groep geldende regeling en waarin de Lid-Staat de bevoordeling niet door verhoging van de lagere lonen en salarissen voor dezelfde arbeid wilde opheffen, maar door regelingen van andere aard. In de onderhavige zaak evenwel zijn de bevoordeling van de ene en de benadeling van de andere groep onlosmakelijk met elkaar verbonden.

De overgangstoelage is een buitengewone, in het arbeidsleven weinig bekende bijzondere uitkering van de zijde van de werkgever, met een eigen rechtskarakter, zodat voor de verbetering van de levens- en arbeidsvoorwaarden op de weg naar de vooruitgang handhaving van de overgangstoelage niet vereist is.

Ten slotte wijst verweerster op de partij-autonomie bij het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten in de Bondsrepubliek Duitsland. Het EEG-Verdrag gaat uit van het bestaan van collectieve arbeidsovereenkomsten; dit blijkt uit artikel 118 EEG-Verdrag, dat samenwerking tussen de Lid-Staten nastreeft op het gebied van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en bij collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers. Het zou in strijd zijn met deze autonomie, indien het Hof zich zou uitspreken voor een „meestbegunstigingsclausule" met dien verstande, dat de discriminerende bevoordeling van een groep boven een andere niet zou leiden tot ongeldigheid van de bevoordeling, maar tot een aanspraak van de gediscrimineerde groep op volledige deelneming aan de begunstiging.

Een dergelijke oplossing zou hooguit voor het verleden kunnen gelden en dan nog alleen voor werknemers die reeds beroep hadden ingesteld. Voorts zou erkenning van een recht voor het verleden slechts mogelijk zijn, indien de CAO-partijen geen andere mogelijkheid hadden om de in het verleden ontstane ongelijke behandeling op te heffen. Voor de toekomst moet het evenwel aan de CAO-partijen worden overgelaten om te bepalen, op welke wijze zij een nietige CAO-bepaling door een andere vervangen of aanvullen. Zolang de CAO-partijen geen nieuwe regeling treffen, hebben noch mannelijke noch vrouwelijke werknemers recht op de betrokken uitkering. Daarmee is het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen verzekerd, zodat er ook geen sprake is van een leemte in de CAO, waardoor een nieuwe regeling noodzakelijk zou zijn.

Volgens de *Commissie* vormt ingevolge de rechtspraak van het Hof het discriminatieverbod de grens van de CAO-autonomie. Partijen bij een CAO kunnen een bestaande discriminatie op verschillende wijzen opheffen, in casu bij voorbeeld door de regeling betreffende de overgangstoelage ook op deeltijdwerknemers toepasselijk te verklaren, of door de overgangstoelage af te schaffen, waarbij in het eerste geval nog de mogelijkheid bestaat tot wijziging van de hoogte van de toelage. Zolang dit evenwel nog niet is geschied, blijft de thans op voltijdwerknemers toepasselijke regeling het enige geldige aanknopingspunt. Met betrekking tot deeltijdwerknemers betekent dat concreet, in de omstandigheden van het onderhavige geval, dat deze eveneens aanspraak hebben op de overgangstoelage, mits zij aan alle overige voorwaarden voldoen; daarbij is toepassing van het evenredigheidsbeginsel reeds gewaarborgd door berekening van de toelage op basis van het laatstverdiende salaris. De Commissie verwijst in dat verband naar eerdergenoemd arrest van

8 april 1976 en het arrest van 24 maart 1987 (zaak 286/85, McDermott en Cotter, Jurispr. 1987, blz. 1453), alsook naar het reeds aangehaalde arrest van 24 juni 1987.

De Commissie stelt daarom voor, de tweede vraag te beantwoorden als volgt:

„Indien een bepaling van een CAO in strijd is met artikel 119 EEG-Verdrag, is de rechter die daarover te oordelen heeft, gerechtigd en verplicht om die schending op te heffen door op de benadeelde werknemers de voor niet-gediscrimineerde werknemers geldende gunstiger regeling toe te passen, waarbij zo nodig het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen."

T. F. O'Higgins
rechter-rapporteur