FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 28. marts 1990 *

Høje Domstol.

1. I denne sag har de særlige vanskeligheder, deltidsbeskæftigelse giver anledning til i forbindelse med princippet om lige løn til mænd og kvinder, på ny ført til en præjudiciel forelæggelse, denne gang fra Arbeitsgericht Hamburg.

2. Sagsøgeren, Maria Kowalska, var fra den 1. oktober 1974 til den 31. juli 1987 ansat som funktionær ved Freie und Hansestadt Hamburg inden for politi- og retsvæsenet. Hun var deltidsbeskæftiget, og da hun fyldte 60 år, tog hun sin afsked. Hun har siden da modtaget en alderspension, men hun fik ikke udbetalt fratrædelsesgodtgørelse (»Übergangsgeld«) i henhold til § 62 Bundesangestelltentarifvertrag (en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte funktionærer, herefter benævnt »BAT«), og begrundelsen herfor var, at hun ikke var fuldtidsbeskæftiget. Hun anlagde derefter sag ved Arbeitsgericht sag mod sin tidligere arbejdsgiver og gjorde herunder gældende, at BAT's bestemmelser er i strid med EØF-Traktatens artikel 119 og Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 [1].

3. I forelæggelseskendelsen har Arbeitsgericht Hamburg oplyst, at i 1987 var 55,5% af de fuldtidsbeskæftigede inden for forbunds- og delstatsforvaltningen kvinder, mens 52,5% af de fuldtidsbeskæftigede inden for kommunalforvaltningen m. v. var kvinder. Derimod udgjorde kvinderne 77,3% af de deltidsbeskæftigede i statsforvaltningen og 97,8% i kommunalforvaltningen m. v. Endvidere var 90,2% af de deltidsbeskæftigede, der arbejdede 20 timer pr. uge eller derover, kvinder.

4. De to præjudicielle spørgsmål, der herefter er forelagt, drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt BAT er forenelig med EØF-Traktatens artikel 119, og om retsvirkningerne af, at BAT måtte være uforenelig med traktatbestemmelsen, når henses til overenskomstparternes ret til selvregulering.

5. Besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål forudsætter, at der forinden tages stilling til, om »Übergangsgeld« i henhold til BAT er omfattet af begrebet løn. Parterne i sagen for den nationale ret har fremført indbyrdes modstridende opfattelser på dette punkt. Det skal dog bemærkes, at dette kun har betydning for, efter hvilken fællesskabsbestemmelse de nationale retsforskrifter skal bedømmes, dvs. enten Traktatens artikel 119, hvis der er tale om løn, eller artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 86/378/EØF af 24. juli 1986 [2], hvis der er tale om en social sikringsydelse. I øvrigt har begge disse bestemmelser direkte virkning [3], og de kan derfor

* Originalsprog: fransk.

1 — Om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45 af 19.2.1975, s. 19).

2 — Om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT L 225 af 12.8.1986, s. 40).

3 — Jfr. med hensyn til Traktatens artikel 119, dom af 8. april 1976, Defrenne II, præmis 10 (43/75, Sml. s. 455).

begge påberåbes af Maria Kowalska over for hendes tidligere arbejdsgiver.

6. Domstolen har allerede for længere tid siden skullet træffe afgørelse om den vanskelige grænsedragning mellem løn og sociale sikringsydelser [4]. I dommen i Garlandsagen defineres begrebet løn som

»samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller i naturalier« [5].

I henhold til denne praksis fandt Domstolen i Bilka-dommen, at en virksomhedspension, der var indført efter aftale mellem en arbejdsgiver og virksomhedens bedriftsråd, var omfattet af begrebet løn [6].

7. Jeg skal endvidere nævne, at Domstolen i en verserende sag [7] også skal tage stilling til, om en afskedigelsesgodtgørelse kan betragtes som løn.

8. Domstolen synes at have lagt vægt på to forhold, dels at arbejdsgiveren — eventuelt indirekte — foretager en betaling til arbejdstageren, dels at der er nær sammenhæng mellem beskæftigelsen og den pågældende ydelse. Herefter kan vi bringe disse to kriterier i anvendelse på fratrædelsesgodtgørelsen i henhold til BAT. Godtgørelsen udbetales til fuldtidsbeskæftigede funktionærer, som ved arbejdsforholdets ophør er fyldt 21 år, og som uden afbrydelse har været beskæftiget hos samme arbejdsgiver i mindst ét år [8]. Desuden gælder der en række andre betingelser, specielt at arbejdsforholdets ophør ikke må skyldes arbejdstagerens forhold, at arbejdstageren ikke har modtaget en afskedigelsesgodtgørelse, at arbejdstageren ikke umiddelbart indgår i et nyt beskæftigelsesforhold, og at arbejdstageren ikke har afslået en anden anvist stilling [9]. Endvidere udbetales der ikke fratrædelsesgodtgørelse, når arbejdsforholdet ophører på grund af rationalisering [10]. I praksis synes fratrædelsesgodtgørelsen næsten udelukkende at blive udbetalt i tilfælde, hvor arbejdsforholdet ophører på grund af pensionering eller i forbindelse med barnefødsel [11]. Endelig beregnes fratrædelsesgodtgørelsen ud fra den senest modtagne løn og beskæftigelsens varighed [12].

9. Som begrundelse for, at fratrædelsesgodtgørelsen ikke har karakter af løn, har sagsøgte i hovedsagen henvist til, at godtgørelsen tidligere var lovfæstet, dvs. indtil indgåelsen af BAT den 23. februar 1961 [12].

10. Efter min opfattelse er dette argument ikke relevant. For det første støttes det på en retstilstand, der ikke længere gælder, og for det andet er et sådant kriterium — som allerede nævnt — ikke blevet lagt til grund i Domstolens praksis. Fratrædelsesgodtgørelsen er derimod direkte knyttet til arbejdsforholdet, både med hensyn til betingelserne

4 — Dom af 25. maj 1971, Defrenne I (80/70, Sml. s. 109), dom af 15. juni 1978, Defrenne III, præmisserne 19 og 20 (149/77, Sml. s. 1365), dom af 13. maj 1986, Bilka (170/84, Sml. s. 1607), dom af 11. marts 1981, Worringham og Humphreys (69/80, Sml. s. 767), dom af 18. september 1984, Liefting (23/83, Sml. s. 3225) og dom af 3. december 1987, Newstead (192/85, Sml. s. 4753).

5 — Dom af 9. februar 1982, præmis 5 (12/81, Sml. s. 359).

6 — Sag 170/84, jfr. ovenfor, præmisserne 20, 21 og 22.

7 — C-262/88, Barber; jfr. herom punkterne 13-16 i generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse, dom af 17. maj 1990, Sml. s. I-1889, I-1912.

8 — BAT's § 62, stk. 1.

9 — BAT's § 62, stk. 2,

10 — § 7, stk. 4, i den kollektive overenskomst vedrørende beskyttelse af funktionærer i forbindelse med rationaliseringer (Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte) som citeret af Stadt Hamburg i det skriftlige indlæg, s. 21.

11 — Jfr. herom Stadt Hamburgs indlæg, s. 16.

12 — Sammesteds s. 15.

for, at retten til godtgørelsen *opstår*, og med hensyn til *fastsættelsen* af godtgørelsens *størrelse*. Endvidere *udbetaler* arbejdsgiveren godtgørelsen *direkte* til arbejdstageren, og — som det blev oplyst under den mundtlige forhandling — bærer arbejdsgiveren alene den økonomiske byrde ved godtgørelsen. På denne baggrund må ydelsen efter min opfattelse betegnes som »løn« i artikel 119's forstand.

11. Herefter skal jeg behandle spørgsmålet, om udelukkelsen af deltidsbeskæftigede fra retten til at opnå fratrædelsesgodtgørelse er udtryk for forskelsbehandling. På dette område foreligger der nu en fast praksis. I Bilka-dommen udtalte Domstolen således:

»En varehusvirksomhed, som udelukker deltidsansatte fra virksomhedens pensionsordning, overtræder EØF-Traktatens artikel 119, når denne foranstaltning rammer et meget større antal kvinder end mænd, *medmindre* virksomheden godtgør, at den nævnte foranstaltning kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn« [13]

I denne sammenhæng har Domstolen indført omvendt bevisbyrde, uafhængigt af om der er tale om en lovbestemmelse eller en bestemmelse i en overenskomst [14]. Domstolen overlader det til den nationale retsinstans at afgøre, om den begrundelse, der fremføres til støtte for foranstaltningen, intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [15], og den stiller krav om, at de midler, der vælges, er i overensstemmelse med virkelige behov, er egnede til at opnå det mål, der forfølges, og er nødvendige herfor [16].

13 — Sag 170/84, jfr. ovenfor, i domskonklusionen, min fremhævelse.

14 — Jfr. dom af 13. juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Sml. s. 2743) og dom af 13. december 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Sml. s. 4311).

15 — Sammesteds.

16 — Sag 170/84, jfr. ovenfor, præmis 36.

12. Den første betingelse — dvs. at foranstaltningen skal ramme et langt større antal kvinder end mænd — er utvivlsomt opfyldt i den foreliggende sag, idet dette fremgår af de statistiske oplysninger, den nationale ret har givet i forelæggelseskendelsen.

13. Med hensyn til begrundelsen for foranstaltningen har sagsøgte anført, at man på grund af den forskellige sociale situation, deltids- og fuldtidsbeskæftigede som udgangspunkt befinder sig i, bevidst har begrænset retten til fratrædelsesgodtgørelse til kun at gælde fuldtidsbeskæftigede, da der kun for fuldtidsbeskæftigede — der udelukkende tjener til deres eget og deres familiemedlemmers underhold ved indtægterne fra arbejdsforholdet — består et behov for en midlertidig godtgørelse fra arbejdsgiverens side [17].

14. Domstolen har imidlertid allerede forkastet en sådan begrundelse. I Rinner-Kühn-sagen, hvor den tyske regering havde gjort gældende, at

»arbejdstagere, der har en arbejdstid på under 10 timer om ugen eller 45 timer om måneden, ikke i forhold til virksomheden har en integrationsgrad og et økonomisk afhængighedsforhold, der kan sammenlignes med andre arbejdstageres« [18],

udtalte Domstolen, at

»disse betragtninger, som kun er generaliseringer vedrørende bestemte grupper arbejdstagere, ikke giver grundlag for at udlede objektive kriterier, som intet har at gøre

17 — Jfr. s. 18 i det skriftlige indlæg.

18 — Sag 171/88, jfr. ovenfor, præmis 13.

med forskelsbehandling på grundlag af køn« [19].

15. I den sag, der nu foreligger, er begrundelsen helt den samme, og dette må efter min opfattelse føre til, at man når til samme resultat. Jeg skal derfor foreslå, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål med, at EØF-Traktatens artikel 119 skal fortolkes således, at den er til hinder for bestemmelser i en kollektiv overenskomst, hvorefter arbejdsgiverne er berettiget til at udelukke deltidsbeskæftigede fra at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse ved uforskyldt udtrædelse af arbejdsforholdet, når bestemmelserne rammer et langt større antal kvinder end mænd, medmindre arbejdsgiveren for den nationale retsinstans godtgør, at bestemmelserne er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

16. Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører retsvirkningerne af, at bestemmelserne findes uforenelige med fællesskabsretten, særlig under hensyn til overenskomstparternes ret til selvregulering. Spørgsmålet er med andre ord, om deltidsbeskæftigede — såfremt BAT's § 62, stk. 1, findes uforenelig med EF-retten — har ret til fratrædelsesgodtgørelse i forhold til beskæftigelsens omfang, eller om overenskomstparternes ret til selvregulering derimod er til hinder for at anerkende en sådan ret.

17. I Domstolens praksis har tilsvarende vanskeligheder allerede længe fundet deres løsning, når bestemmelsen ikke har været en bestemmelse i en kollektiv overenskomst, men en lovbestemmelse. For ganske nylig stillede en national domstol — i Ruzius-Wilbrink-sagen — spørgsmål om, hvilke konsekvenser det ville have, at en nederlandsk lovbestemmelse fandtes uforenelig med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF [20], der vedrører ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med social sikring. Herom udtalte Domstolen, at

»i tilfælde, hvor der ikke er truffet passende foranstaltninger til gennemførelse af artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF, og hvor staten gør sig skyldig i indirekte forskelsbehandling, skal den gruppe, der stilles ugunstigt på grund af denne forskelsbehandling, behandles på samme måde og være omfattet af samme regler som de øvrige ydelsesberettigede, idet disse regler i mangel af en korrekt gennemførelse af direktivet herefter er de eneste, man kan henholde sig til« [21].

Ved denne dom bekræftede Domstolen i øvrigt kun sin faste praksis for, at kvinder, i tilfælde, hvor artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 ikke er gennemført,

»har ret til at blive behandlet på samme måde og til at være omfattet af samme ordning som mænd i samme situation« [22].

18. Det eneste særlige forhold i den foreliggende sag er, at der ikke er tale om en regulering ved lov, men ved aftale, idet bestemmelserne findes i en kollektiv overenskomst.

19 — Sag 171/88, jfr. ovenfor, præmis 14.

20 — Rådets direktiv af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT L 6 af 10.1.1979, s. 24).

21 — Sag C-102/88, præmis 21.

22 — Dom af 4. december 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging, præmis 22 (71/85, Sml. s. 3855), dom af 24. juni 1987, Borrie Clarke, præmis 13 (384/85, Sml. s. 2865), jfr. også dom af 24. marts 1987, Norah McDermott og Ann Cotter, præmis 17 (286/85, Sml. s. 1453) og dom af 8. marts 1988, A. Dick, A. Menkutos-Demirci og H. G. W. Laar-Vreeman, præmis 10 (80/87, Sml. s. 1601).

19. Efter min opfattelse bør denne forskel dog ikke føre til, at den netop nævnte praksis ikke skal anvendes. I artikel 4 i direktiv 75/117 bestemmes det nemlig, at »Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til, at de bestemmelser i kollektive overenskomster, lønskalaer eller lønaftaler eller i individuelle arbejdskontrakter, der er i strid med ligelønsprincippet, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres«. Samme bestemmelse er ofte optaget i senere udstedte direktiver[23]. I øvrigt opfatter Domstolen denne forpligtelse meget strengt, idet den kræver, at overenskomstbestemmelser kan gøres uvirksomme, også selv om de ikke er retligt bindende[24].

20. Endvidere forekommer det mig, at Domstolen — i og med at den i Defrenne II-sagen har fastslået, at Traktatens artikel 119 finder anvendelse såvel på lovbestemmelser som på kollektive arbejdsoverenskomster[25], og den har begrænset det tidsrum, hvori artiklen antages at have direkte virkning[26] — nødvendigvis har fastslået, at de nationale domstole skal bringe de overenskomstbestemmelser i anvendelse på den ugunstigt stillede gruppe, som man hidtil har afslået at anvende på denne gruppe, og at den samtidig har fastslået, at kun Domstolen i sin dom kan begrænse denne retsvirkning til arbejdstagere, som har anlagt retssag eller rejst en tilsvarende administrativ klage.

21. I henhold til direktiv 76/207 skal medlemsstaterne kun opfordre arbejdsmarkedets parter til at ændre kollektive overenskomstbestemmelser, »når det beskyttelseshensyn, som oprindelig lå til grund for disse, ikke længere er begrundet«[27]. Med hensyn til arbejdsvilkår og adgang til beskæftigelse sondres der herefter mellem, om de pågældende overenskomstbestemmelser var begrundet i beskyttelseshensyn, som ikke længere består, eller om de ikke var begrundet i sådanne hensyn. Som eksempel på disse hensyn kan nævnes beskyttelse af kvinder i kraft af, at de er ældre arbejdstagere eller forældre, dvs. forhold som kan gøre sig gældende for såvel mandlige som kvindelige arbejdstagere[28]. Alligevel opstilles der i Domstolens praksis grænser for at henvise spørgsmålet til forhandlinger mellem overenskomstparterne, jfr. således at Domstolen i en traktatbrudssag mod Frankrig har underkendt

»en national lovgivning, som flere år efter udløbet af fristen for gennemførelsen af direktivet overlader arbejdsmarkedets parter at ophæve visse former for forskelsbehandling, uden at der er fastsat en frist for gennemførelsen af denne forpligtelse«[29].

22. Med hensyn til ligeløn må det konstateres, at direktiv 75/117 ikke indeholder bestemmelser om, at spørgsmålet henvises til forhandlinger mellem overenskomstparterne. I øvrigt er det måske overflødigt at nævne, at en bestemmelse om, at deltidsbeskæftigede ikke har ret til fratrædelsesgodtgørelse, ikke kan anses for at være en bestemmelse, der beror på et beskyttelseshensyn. Resulta-

23 — Artikel 3, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 2, litra b), i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39 af 14.2. 1976. s. 40). Jfr. også artikel 7 i det allerede nævnte direktiv 86/378/EØF.

24 — Dom af 8. november 1983, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (165/82, Sml. s. 3431).

25 — Sag 43/75, jfr. ovenfor, domskonklusionens punkt 1.

26 — Sag 43/75, jfr. nedenfor, domskonklusionens punkt 5.

27 — Artikel 3, stk. 2, litra c), og artikel 5, stk. 2, litra c).

28 — Jfr. herom dom af 25. oktober 1988, Kommissionen mod Frankrig (312/86, Sml. s. 6315).

29 — Præmis 22 i den nævnte sag 312/86. Dommen er kommenteret af M. T. Lanquetin og H. Masse-Dessen i »Les droits particuliers pour les femmes dans les conventions collectives«. *Droit social*, n° 718, s. 551.

tet må derfor være, at deltidsbeskæftigede — allerede fordi BAT's § 62 er uforenelig med Traktatens artikel 119 — må indrømmes den samme ret til fratrædelsesgodtgørelse, som tilkommer fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere, dog naturligvis i forhold til den løn de har fået.

23. I øvrigt gøres der ikke indgreb i overenskomstparternes ret til selvregulering, idet det står dem frit for at ændre de pågældende bestemmelser i BAT, herunder at afskaffe retten til fratrædelsesgodtgørelse for alle arbejdstagere, i det omfang der ikke herved indføres en diskrimination mellem fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede.

24. Endelig kan Domstolen — som den gjorde i Defrenne II-dommen — begrænse retsvirkningerne af den afgørelse, der skal træffes, til et bestemt tidsrum. Jeg vil dog foreslå, at Domstolen ikke benytter denne mulighed. Som Kommissionen har påpeget under den mundtlige forhandling, har artikel 119's umiddelbare anvendelighed været anerkendt i EF-retten siden 1976. Arbejdsmarkedets parter kan således ikke se bort fra kravene i artiklen, når de forhandler kollektive overenskomster. Situationen er ikke længere den samme, som da Domstolen afsagde dom i Defrenne II-sagen, hvorved bestemmelsens umiddelbare anvendelighed blev anerkendt. Jeg mener derfor ikke, at Domstolen af retssikkerhedshensyn bør begrænse retsvirkningerne af den afgørelse, der skal træffes, rent tidsmæssigt.

25. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer spørgsmålene som følger:

»1) EØF-Traktatens artikel 119 skal fortolkes således, at den er til hinder for bestemmelser i en kollektiv overenskomst, hvorefter arbejdsgiverne er berettiget til at udelukke deltidsbeskæftigede fra at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse ved uforskyldt udtrædelse af arbejdsforholdet, når bestemmelserne rammer et langt større antal kvinder end mænd, medmindre arbejdsgiveren godtgør, at bestemmelserne er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

2) Såfremt en arbejdsgiver i henhold til en kollektiv overenskomst foretager en indirekte forskelsbehandling med hensyn til aflønningen, skal den gruppe, der stilles ugunstigt som følge af forskelsbehandlingen, behandles på samme måde og i forhold til beskæftigelsens omfang være omfattet af de samme regler som de arbejdstagere, der er fordelagtigere stillet, idet disse regler — når EØF-

Traktatens artikel 119 samt artikel 4 i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af principper om lige løn til mænd og kvinder ikke er korrekt gennemført — er de eneste, man kan henholde sig til.«