CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON
apresentadas em 28 de Março de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. As dificuldades específicas do trabalho a tempo parcial, face ao princípio da igualdade da remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos, estão de novo na origem de questões prejudiciais, que são agora colocadas ao Tribunal pelo Arbeitsgericht Hamburg (República Federal da Alemanha).

2. Maria Kowalska esteve empregada na cidade livre e hanseática de Hamburgo, na qualidade de agente da administração judiciária, desde 1 de Outubro de 1974 a 31 de Julho de 1987. Tinha um emprego a tempo parcial. Ao completar 60 anos, reformou-se. Desde então recebe uma pensão de reforma, mas viu ser-lhe recusado o pagamento do subsídio temporário («Übergansgeld») previsto no artigo 62.° da convenção colectiva de trabalho dos agentes não funcionários da administração pública («Bundesangestelltentarifvertrag», adiante «BAT»), com o fundamento de que não tinha um emprego a tempo inteiro. Intentou então uma acção contra a cidade de Hamburgo, no Arbeitsgericht, argumentando que as disposições da BAT eram contrárias ao artigo 119.° do Tratado CEE e à Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975 [1].

3. O tribunal *a quo* deu por assente, na decisão de reenvio prejudicial, que se nos empregos a tempo inteiro a percentagem de trabalhadores femininos, em 1987, era de 55,5 % nos serviços públicos propriamente ditos e de 52,5 % nos outros serviços, tal percentagem, quanto aos empregos a tempo parcial, atingia respectivamente 77,3 e 97,8 %. Além disso, entre os agentes a tempo parcial que trabalham mais de 20 horas por semana, há 90,2 % de mulheres.

4. Duas questões prejudiciais foram, pois, colocadas ao Tribunal, as quais visam, em substância, por um lado, a compatibilidade da BAT face ao artigo 119.° do Tratado CEE, por outro, os efeitos de uma eventual incompatibilidade face à autonomia das partes nas convenções colectivas.

5. A primeira questão pressupõe que se tenha dado solução a uma dificuldade prévia. O subsídio criado pela BAT tem, ou não, a natureza jurídica de remuneração? As partes do processo principal divergem neste ponto. Notemos, no entanto, que esta questão só tem utilidade para determinar a norma comunitária face à qual se deverão examinar as disposições nacionais em causa, qual seja o artigo 119.° do Tratado, se se tratar de uma remuneração, ou o artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986 [2], se se tratar de uma prestação de segurança social. Quanto ao mais, lembremos que estas duas normas são de efeito directo [3] e que qualquer delas po-

* Língua original: francês.

1 — Relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos (JO L 45 de 19.2.1975, p. 19).

2 — Relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO L 225 de 12.8.1986, p. 40).

3 — Quanto ao artigo 119.° do Tratado: acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne II, n.° 10 (43/75, Recueil, p. 455).

dia, pois, ser invocada por Maria Kowalska contra a cidade de Hamburgo.

6. Há já muito que o Tribunal foi levado a traçar a difícil fronteira entre as remunerações e as prestações de segurança social [4]. No acórdão Garland, o Tribunal definiu o conceito de remuneração como

«qualquer vantagem patrimonial, pecuniária ou em natureza, actual ou futura, desde que seja paga, ainda que indirectamente, pela entidade patronal ao trabalhador por motivo de emprego deste» [5].

Foi em aplicação desta jurisprudência que o Tribunal, no acórdão Bilka, atribuiu a qualificação de remuneração às pensões de empresa instituídas por acordo entre a entidade patronal e o conselho da empresa [6].

7. Note-se, ainda, que num processo em curso [7], o Tribunal deve também pronunciar-se sobre a natureza jurídica de remuneração de uma indemnização por despedimento.

8. Dois critérios nos parecem dever guiar o Tribunal: por um lado, a existência de um pagamento da entidade patronal ao trabalhador, sendo caso disso de forma indirecta, por outro, a ligação estreita entre o emprego e a prestação em causa. Apliquemos estes critérios ao subsídio instituído pela BAT. Ele é pago aos agentes a tempo inteiro que, no momento da cessação da relação laboral, têm pelo menos 21 anos de idade e mantiveram o emprego junto de uma mesma entidade patronal pelo menos durante um ano [8]. É ainda necessário que outras condições se reúnam, as quais são essencialmente a de que a cessação da relação laboral não seja imputável ao trabalhador, a de que este não tenha obtido uma indemnização por despedimento, a de que ele não encontre imediatamente um outro emprego e a de que ele não tenha recusado ocupar um novo posto de trabalho [9]. Além disto, o direito ao subsídio desaparece no caso de ruptura da relação laboral em consequência da racionalização dos serviços [10]. Parece que, na prática, esta indemnização é paga quase exclusivamente nos casos de entrada na situação de reforma ou de cessação da relação laboral ligada ao nascimento de um filho [11]. Finalmente, o montante do subsídio é função do último vencimento e da duração da relação de trabalho [12].

9. Para lhe recusar a natureza de remuneração, a cidade de Hamburgo baseia-se no facto de, anteriormente e até à conclusão da BAT de 23 de Fevereiro de 1961, o subsídio temporário ser estabelecido por decreto [12].

10. Não nos parece que um tal argumento seja pertinente. Por um lado, baseia-se numa situação jurídica já extinta. Por outro lado, tal critério, como já vimos, não foi acolhido na jurisprudência do Tribunal sobre a matéria. Parece-nos, pelo contrário, que o subsídio em causa está directamente ligado à relação de emprego, tanto pelas

4 — Acórdão de 25 de Maio de 1971, Defrenne I (80/70, Recueil, p. 445); acórdão de 15 de Junho de 1978, Defrenne III, n.os 19 e 20 (149/77, Recueil, p. 1365); acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Recueil, p. 1607); acórdão de 11 de Março de 1981, Worringham e Humphreys (69/80, Recueil, p. 767); acórdão de 18 de Setembro de 1984, Liefting (23/83, Recueil, p. 3225); acórdão de 3 de Dezembro de 1987, Newstead (192/85, Colect., p. 4753).

5 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, n.° 5 (12/81, Recueil, p. 359).

6 — 170/84, já citado, n.os 20, 21 e 22.

7 — C-262/88, Barber, ver, sobre este ponto, as conclusões do advogado-geral Van Gerven, n.os 13 a 16 acórdão de 17 de Maio de 1990, Colect., p. I-1889, p. I-1912.

8 — Artigo 62.°, n.° 1, da BAT.

9 — Artigo 62.°, n.° 2, da BAT.

10 — Artigo 7.°, n.° 4, da convenção colectiva sobre a protecção dos agentes contra as medidas de racionalização, citada pela cidade de Hamburgo nas suas observações escritas, p. 21 da tradução francesa.

11 — Ver, sobre este ponto, as observações da cidade de Hamburgo, p. 16 da tradução francesa.

12 — *Ibidem*, p. 15.

condições impostas para a *abertura do direito* à prestação como pelas regras relativas à *determinação do seu montante*. Além disso, o subsídio é *directamente pago* ao empregado pela entidade patronal. Esta, como foi determinado na audiência, assegura sozinha o encargo financeiro da prestação. Tudo isto parece conduzir-nos a reconhecer à prestação em causa a natureza de remuneração, na acepção do artigo 119.°

11. Regressemos agora, ao carácter discriminatório ou não da exclusão dos trabalhadores a tempo parcial do benefício de tal prestação. A jurisprudência do Tribunal é bem precisa neste domínio. No processo Bilka, o Tribunal decidiu que

«há violação do artigo 119.° do Tratado CEE por uma sociedade de grandes armazéns que exclui os empregados a tempo parcial do regime de pensões de empresa, quando tal medida incide sobre um número muito mais elevado de mulheres que de homens, a *menos que* a empresa demonstre que a dita medida se explica por factores objectivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação baseada no sexo» [13].

O Tribunal, neste ponto, impõe uma inversão do ónus da prova, quer a disposição em causa seja convencional quer seja legal [14]. O Tribunal devolve ao juiz nacional o encargo de decidir se os fundamentos expostos para justificar a medida litigiosa são estranhos a qualquer discriminação [15] e exige que os meios escolhidos correspondam a uma verdadeira necessidade, que sejam aptos para alcançar o objectivo prosseguido e que sejam necessários para tal efeito [16].

12. A primeira condição, nos termos da qual a medida em causa deve incidir sobre um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, está incontestavelmente preenchida no caso concreto, tendo em conta as estatísticas fornecidas sobre este ponto pelo tribunal *a quo* na sua decisão de reenvio prejudicial.

13. No que respeita à justificação que foi avançada para a disposição litigiosa, a cidade de Hamburgo esclarece que, «tendo em conta a diferença de situação social inicial entre o pessoal a tempo parcial e o pessoal a tempo completo, o direito ao subsídio foi deliberadamente limitado a este último, já que é apenas para com os trabalhadores a tempo completo, que provêm às suas necessidades e às da sua família exclusivamente com base nos vencimentos obtidos através do seu emprego, que existe um dever de auxílio transitório a cargo da entidade patronal» [17].

14. O Tribunal já pôs de parte uma tal justificação. No processo Rinner-Kühn, enquanto o Governo alemão argumentava que

«os trabalhadores que efectuam menos de 10 horas de trabalho por semana ou 45 horas por mês não têm para com a empresa um grau de integração e um laço de dependência económica comparáveis aos dos outros trabalhadores» [18],

o Tribunal declarou que

«tais considerações, na medida em que constituem simples generalizações relativas a certas categorias de trabalhadores, não permitem apurar critérios objectivos e estranhos

13 — 170/84, já citado, parte decisória, sublinhado nosso.

14 — Ver o acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743); acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Ruzius-Wilbrink, (C-102/88, Colect., p. 4311).

15 — *Ibidem.*

16 — 170/84, já citado, n.° 36.

17 — Observações escritas, p. 18 da tradução francesa.

18 — 171/88, já citado, n.° 13.

a qualquer discriminação fundada no sexo» [19].

15. A extrema semelhança que existe para com as justificações aduzidas no presente processo parece dever-nos conduzir à mesma solução. Propomos, em consequência, que o Tribunal responda à primeira questão, no sentido de que o artigo 119.° do Tratado CEE se opõe às disposições de uma convenção colectiva que permitem às entidades patronais excluir os trabalhadores a tempo parcial do benefício de um subsídio em caso de ruptura da relação laboral não imputável ao trabalhador, desde que tais disposições incidam sobre um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, a menos que a entidade patronal demonstre, perante o juiz nacional, que tais disposições se justificam por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo.

16. A segunda questão é relativa aos efeitos de uma eventual declaração de incompatibilidade face à autonomia de vontade das partes numa convenção colectiva. Os trabalhadores a tempo parcial, em caso de incompatibilidade do artigo 62.°, n.° 1, da BAT, beneficiam de um direito ao subsídio, proporcional ao seu horário de trabalho, ou, pelo contrário, a autonomia das partes numa convenção colectiva opõe-se ao reconhecimento de um tal direito?

17. A jurisprudência do Tribunal há muito deu solução a questões semelhantes, para casos em que a norma em causa se não contém numa convenção colectiva, antes se inclui numa disposição legal. Assim, ainda recentemente, no processo Ruzius-Wilbrink, o juiz nacional interrogava o Tribunal sobre as consequências que decorreriam da verificação da incompatibilidade da lei neerlandesa com o artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7/CEE, [20] o qual institui a igualdade de tratamento em matéria de segurança social. O Tribunal, sobre este ponto, decidiu que,

«na falta de adequadas medidas de aplicação do artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7 e na presença de uma discriminação indirecta operada pelo Estado, o grupo desfavorecido pelo facto de tal discriminação deve ser tratado do mesmo modo e ver ser-lhe aplicado o mesmo regime que aos outros pensionistas, regime este que, na falta de correcta aplicação da referida directiva, fica a ser o único sistema de referência válido» [21].

Este acórdão limitou-se, aliás, a confirmar a jurisprudência estabelecida segundo a qual, na falta de medidas de aplicação do artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7,

«as mulheres têm o direito de ser tratadas da mesma maneira e de se lhes aplicar o mesmo regime que aos homens que se encontram na mesma situação» [22].

18. A única originalidade do presente caso é a de que se trata não de uma disposição legal, mas de uma disposição de natureza contratual, já que consta de uma convenção colectiva.

19 — 171/88, já citado, n.° 14.

20 — Directiva do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO L 6 de 10.1.1979, p. 24; EE 05 F2 p. 174).

21 — C-102/88, já citado, n.° 21.

22 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging, n.° 22 (71/85, Colect., p. 3855); acórdão de 24 de Junho de 1987, Borrie Clarke, n.° 13 (384/85, Colect., p. 2865); ver também o acórdão de 24 de Março de 1987, Norah McDermott e Ann Cotter, n.° 17, (286/85, Colect., p. 1453); e acórdão de 8 de Março de 1988, A. Dik, A. Menkutos-Demirci e H. G. W. Laar-Vreeman, n.° 10 (80/87, Colect., p. 1601).

19. Não nos parece que esta diferença deva tornar inaplicável a já citada jurisprudência do Tribunal. Com efeito, o artigo 4.° da Directiva 75/117 prescreve que «os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para que as disposições contrárias ao princípio da igualdade de remuneração que figurem em convenções colectivas, tabelas ou acordos salariais ou em contratos individuais de trabalho sejam nulas, anuláveis ou possam ser alteradas». As directivas posteriores retomam frequentemente as mesmas disposições [23]. O Tribunal, aliás, entende esta obrigação de modo muito estrito, já que exige que as cláusulas das convenções, incompatíveis com o princípio da igualdade de tratamento, possam ser tornadas ineficazes, inclusivamente quando as convenções colectivas não tenham efeitos jurídicos vinculativos [24].

20. Além disso, parece-nos que o acórdão Defrenne II, na parte em que reconheceu a aplicabilidade do artigo 119.° do Tratado tanto às disposições legais como às convenções colectivas de trabalho [25] e que limitou *ratione temporis* o reconhecimento do efeito directo deste artigo [26], necessariamente considerou que os juízes nacionais deviam aplicar ao grupo desfavorecido as disposições das convenções colectivas cujo benefício lhes tinha até aí sido recusado e que apenas o Tribunal, no seu acórdão, podia limitar tal consequência aos trabalhadores que tivessem interposto um recurso ou feito uma reclamação equivalente.

21. É exclusivamente para as cláusulas das convenções colectivas «para as quais o desejo de protecção que as inspirou na origem já não é fundado» que a Directiva 76/207 prescreve que os Estados-membros devem convidar os parceiros sociais à sua revisão [27]. Assim, em matéria de condições de trabalho e de acesso ao emprego, este texto distingue, entre as cláusulas litigiosas que constam das convenções colectivas, as que eram justificadas e as que não eram, por um desejo de protecção que já não existe, por exemplo, a protecção da mulher na sua qualidade de progenitora ou de trabalhadora idosa, qualidade que tanto podem ter os trabalhadores masculinos como os trabalhadores femininos [28]. Sendo o caso, a jurisprudência do Tribunal impõe, no entanto, limites ao reenvio para a negociação colectiva já que, num acórdão proferido numa acção por incumprimento contra a República Francesa, o Tribunal condenou

«uma legislação nacional que, vários anos após o termo do prazo prescrito para a aplicação da directiva, remete para os parceiros sociais a abolição de certas desigualdades, sem lhes fixar prazo para se conformarem com tal obrigação» [29].

22. No que respeita à igualdade de remuneração, temos que reconhecer que a Directiva 75/117 não contém qualquer disposição que remeta para a negociação colectiva. Além disso — é necessário dizê-lo? — a privação dos trabalhadores a tempo parcial do benefício do subsídio não pode ser considerada como uma cláusula inspirada por um desejo de protecção. Portanto, pelo simples facto da incompatibilidade do artigo 62.° da BAT

23 — Artigos 3.°, n.° 2, alínea b, e 5.°, n.° 2, alínea b) da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39 de 14.2.1976, p. 40; artigo 7.° da Directiva 86/378/CEE, já citada.

24 — Acórdão de 8 de Novembro de 1983, Comissão/Reino Unido (165/82, Recueil, p. 3431).

25 — 43/75, já citado, n.° 1.

26 — 43/75, já citado, n.° 5.

27 — Artigos 3.°, n.° 2, alínea c), e 5.°, n.° 2, alínea c).

28 — Ver, sobre este ponto, o acórdão de 25 de Outubro de 1988, Comissão/França, n.° 14 (312/86, Colect., p. 6315).

29 — 312/86, já citado, n.° 22; para um comentário deste acórdão, ver Lanquetin, M. T., e Masse-Dessen, H.: «Les droits particuliers pour les femmes dans les conventions collectives», *Droit social*, n.° 718, p. 551.

com as disposições do artigo 119.° do Tratado, os trabalhadores a tempo parcial devem ver ser-lhes reconhecidos os mesmos direitos ao subsídio que aqueles que ocupam um emprego a tempo inteiro, ainda que, evidentemente, na proporção do seu salário anterior.

23. Não é, aliás, ofendida a autonomia da vontade das partes, já que estas são livres de proceder à revisão das diposições pertinentes da BAT, nomeadamente para suprimir para todos os trabalhadores o benefício de tal subsídio, desde que não seja criada uma discriminação entre o pessoal empregado a tempo inteiro e o pessoal empregado a tempo parcial.

24. Resta dizer que é lícito ao Tribunal limitar no tempo os efeitos do acórdão a proferir no presente caso, como, aliás, foi feito no acórdão Defrenne II. Sugerimos, no entanto, que o Tribunal o não faça. Com efeito, como a Comissão acentuou na audiência, o efeito directo do artigo 119.° é reconhecido em direito comunitário desde 1976. Os parceiros sociais não podem, pois, dispensar-se de tomar em conta as suas exigências, quando negoceiam as convenções colectivas. Não estamos hoje na mesma situação em que estávamos no momento do acórdão Defrenne II, no qual, pela primeira vez, o Tribunal reconheceu o efeito directo da disposição já citada. Portanto, não nos parece que motivos de segurança jurídica devam conduzir o Tribunal a limitar *ratione temporis* os efeitos da decisão a proferir.

25. Concluímos, pois, no sentido de que o Tribunal declare:

«1) O artigo 119.° do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que se opõe às disposições de uma convenção colectiva que permitem às entidades patronais excluir os trabalhadores a tempo parcial do benefício de um subsídio temporário no caso da ruptura da relação de trabalho não imputável ao trabalhador, desde que tais disposições incidam sobre um número bastante mais elevado de mulheres do que de homens e a menos que a entidade patronal demonstre que tais disposições são justificadas por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo.

2) Em presença de uma discriminação indirecta operada em matéria de remuneração por uma entidade patronal, por aplicação de uma convenção colectiva, o grupo desfavorecido por motivo de tal discriminação deve ser tratado do mesmo modo e ver ser-lhe aplicado, proporcionalmente, o mesmo regime que aos outros beneficiários, regime que, na falta de uma aplicação correcta do

artigo 119.° do Tratado CEE e do artigo 4.° da Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, constitui o único sistema de referência válido.»