FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 19. april 1994 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Indebærer EØF-traktatens artikel 119 — når det lægges til grund, at flertallet af deltidsansatte er kvinder — et krav om, at den godtgørelse, der betales til en deltidsansat for overarbejde, som denne udfører ud over sin *kontraktlige* arbejdstid, skal være lige så stor som den, der oppebæres af en fuldtidsansat for arbejde ud over den normale ugentlige arbejdstid i henhold til en kollektiv overenskomst?

2. Dette er det hovedspørgsmål, som fem tyske retter har forelagt Domstolen i nogle sager, der ligner hinanden meget, og som jeg i det følgende skal sammenfatte i korte træk.

3. En deltidsansat [1] udfører arbejde ud over sin kontraktlige ugentlige arbejdstid. Arbejdsgiveren betaler samme vederlag herfor som for normal arbejdstid. I henhold til den kollektive overenskomst skal der for overarbejde, der ligger ud over den normale ugentlige arbejdstid for fuldtidsansatte (som er 38 1/2 time i henhold til BAT [2]), betales et tillæg på 15-25% af timelønnen [3].

4. Arbejdstageren kræver betaling af tillægget for alle overarbejdstimer, hun har ud over den kontraktlige arbejdstid uden dog at nå op på den normale ugentlige arbejdstid, og anlægger sag til prøvelse af arbejdsgiverens afvisning heraf, som efter hendes opfattelse er i strid med traktatens artikel 119 og 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 [4] (herefter benævnt »direktivet«).

* Originalsprog: fransk.

1 — 19 1/2 time om ugen i sag C-399/92, 23 3/4 time i sag C-409/92, 30 timer i sag C-425/92, ikke oplyst i sag C-34/93, 3 3/4 time seks dage om ugen i sag C-50/93, 21 timer om ugen, senere 3/4 af den normale ugentlige arbejdstid, i sag C-78/93.

2 — Bundes-Angestelltentarifvertrag (kollektiv overenskomst for offentligt ansatte).

3 — Jf. § 15, stk. 1, § 17, stk. 1, og § 35, stk. 1, andet afsnit, litra a), i den i sagerne C-399/92, C-425/92 og C-78/93 omhandlede BAT. Den i sag C-409/92 omhandlede Ersatzkassentarifvertrag (overenskomst for hjælpekasser), den i sag C-34/93 omhandlede Knappschaftsangestelltentarifvertrag (overenskomst for funktionærer inden for minearbejderområdet) og den i sag C-50/93 omhandlede Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im Gebäudereinigerhandwerk (rammeoverenskomst for rengøringsfaget) indeholder tilsvarende bestemmelser.

4 — EFT L 45, s. 19.

5. De nationale retter har forelagt Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål, der i det væsentlige drejer sig om følgende tre problemer [5]:

1) Indebærer en overenskomst, hvorefter der kun skal betales overtidstillæg, såfremt den normale arbejdstid for fuldtidsansatte overskrides, således at deltidsansatte — altså først og fremmest kvinder — som ikke kommer over denne grænse, er afskåret fra enhver form for betaling af overtidstillæg, en indirekte forskelsbehandling, som er ulovlig i henhold til traktatens artikel 119 og direktivet?

2) I bekræftende fald: Skyldes denne forskelsbehandling andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn, når henses til i) den større arbejdsbyrde og ii) begrænsningen af fritiden for fuldtidsansatte?

3) Såfremt den deltidsansatte har krav på et tillæg for hver overarbejdstime ud over den kontraktlige arbejdstid, hvorledes skal dette tillæg da beregnes?

6. Jeg skal først beskæftige mig med det første spørgsmål.

7. Der skal gøres fire indledende bemærkninger.

8. For det første: Mine bemærkninger i det følgende gælder både traktatens artikel 119 og artikel 1 i det til gennemførelse heraf udstedte direktiv.

9. For det andet: Det fremgår af Domstolens faste praksis og af direktivets artikel 4, at kollektive overenskomster — ligesom love og administrative bestemmelser — er undergivet forbuddet mod enhver forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår lønnen [6].

10. For det tredje: Det er ubestridt, at flertallet af deltidsansatte er kvinder, og at en diskriminering af førstnævnte indirekte skader sidstnævnte.

5 — I sagerne C-409/92 og C-50/93 er der kun stillet det første spørgsmål. I sagerne C-425/92 og C-78/93 er der kun stillet de to første spørgsmål.

6 — Jf. dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 12 og 18, af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 11, og af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 21.

11. For det fjerde: Det står fast, at overtidstillæggene er løn som omhandlet i artikel 119, stk. 1, som skal fortolkes vidt [7].

12. Artikel 119 opstiller princippet om lige løn til mænd og kvinder *»for samme arbejde«*. Det præciseres i stk. 3, litra b), at lige løn indebærer, »at den løn, der ydes for arbejde, *betalt efter tid*, er den samme *for samme slags arbejde*« [8]. I direktivets artikel 1 hedder det, at ligelønsprincippet »indebærer, at for *samme arbejde* eller *for arbejde, som tillægges samme værdi*, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår« [9].

13. Domstolens praksis vedrørende indirekte forskelsbehandling har netop relation til retsregler eller overenskomstbestemmelser om deltidsarbejde [10]: »Hvis en ufordelagtig situation som følge af anvendelsen af kriterier, der ikke er baseret på køn ... rammer et væsentligt større antal kvinder end mænd, er den i strid med ligebehandlingsprincippet, *medmindre* det godtgøres, at den skyldes — 'andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn'« [11].

14. Domstolen har således i hver enkelt sag indledningsvis bemærket, at det først skulle afgøres, om fuldtidsansatte og deltidsansatte blev *behandlet forskelligt*, eller om der var tale om en ufordelagtig situation for sidstnævnte, inden der er blevet taget stilling til spørgsmålet om en eventuel begrundelse herfor.

15. Der kan foreligge en sådan forskelsbehandling, såfremt deltidsansatte modtager en lavere timeløn end fuldtidsansatte under samme arbejdsbetingelser [12].

16. Det samme gælder, hvis en arbejdstager afskæres fra en virksomhedspensionsordning [13] eller ikke indrømmes ret til løn i tilfælde af sygdom [14] eller ret til fratrædelsesgodtgørelse ved arbejdsforholdets ophør [15].

7 — Jf. dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 12, og senest af 17.2.1993, sag C-173/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 673, præmis 13.

8 — Mine fremhævelser.

9 — Mine fremhævelser.

10 — Jf. Darmon og Huglo: »L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un univers en expansion«, *RTDE*, 1992, s. 1, på s. 14.

11 — Ibidem.

12 — Dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 10 ff.

13 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 27.

14 — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 10, 11 og 12.

15 — Dom af 27.6.1990, Kowalska, jf. ovenfor (note 6), præmis 13. De to sidstnævnte sager vedrørte bestemmelser i BAT.

17. Der er endvidere tale om en forskelsbehandling, såfremt den nødvendige prøvetid for at rykke op i en højere lønramme gøres dobbelt så lang for deltidsansatte [16], eller hvis de regler, efter hvilke der ydes godtgørelse til deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer for deltagelse i kurser, er mindre gunstige end dem, der gælder for fuldtidsansatte medlemmer [17].

18. Endelig foreligger der en forskelsbehandling, hvis en forsikret arbejdstager i tilfælde af uarbejdsdygtighed oppebærer en social mindsteindkomst på mindre gunstige vilkår, alene med den begrundelse, at han var deltidsansat [18].

19. I Bilka-dommen [19] opstillede Domstolen følgende regel: Der er tale om en forskelsbehandling, når den *samlede løn*, som betales til fuldtidsansatte, *er højere ved det samme antal arbejdstimer* end den, der betales til deltidsansatte.

20. Hvordan skal man bedømme en overenskomstbestemmelse, hvorefter der kun kan betales overtidstillæg, såfremt overarbejdet går ud over den i overenskomsten fastsatte ugentlige arbejdstid for fuldtidsansatte? Behandles deltidsansatte anderledes end fuldtidsansatte?

21. Bestemmelsen er ikke i sig selv diskriminerende. Den gælder på samme måde for alle arbejdstagere, hvad enten de arbejder på fuldtid eller på deltid, når den ugentlige arbejdstid overskrider den i overenskomsten fastsatte.

22. Desuden udsættes fuldtidsansatte og deltidsansatte i så fald for de samme byrder, nemlig en større fysisk belastning og en nedsættelse af fritiden, som overarbejdstillægget kompenserer for, uafhængigt af den enkeltes kontraktlige arbejdstid.

23. Der er altså tale om en situation, hvor det samme arbejde, som tillægges samme værdi, aflønnes på samme måde, hvad enten

16 — Dom af 7.2.1991, Nimz, jf. ovenfor (note 6), præmis 12.

17 — Dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötel, Sml. I, s. 3589, præmis 17.

18 — Dom af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, præmis 13.

19 — Jf. ovenfor (note 13), præmis 27. Jf. også dommene i sagerne Rinner-Kühn, præmis 10, Kowalska, præmis 13, 19 og 20, og Bötel, præmis 16 og 17.

det udføres af en fuldtidsansat eller en deltidsansat [20].

24. Desuden er betingelserne for udbetaling af tillægget — den »tærskel«, som, hvis den overskrides, giver ret til tillægget — *fastlagt objektivt* i overenskomsten, og de er uafhængige af de individuelle arbejdskontrakter.

25. Netop her halter sagsøgernes argumentation.

26. At hævde, at en overskridelse af en deltidsansats kontraktlige arbejdstid systematisk skal give ret til tillægget, er ensbetydende med et argument om, at en arbejdstager, hvis kontraktlige arbejdstid er fem timer om ugen, har ret til tillægget fra og med den sjette time. Der ville imidlertid ikke skulle betales tillæg for den sjette time til fuldtidsansatte eller deltidsansatte med en længere kontraktlig arbejdstid.

27. En sådan opfattelse er vanskelig at forstå.

28. Overtidstillægget har nemlig til formål at kompensere for den større belastning af arbejdstageren og forhindre, at arbejdsgiveren lader sit personale arbejde ud over den overenskomstmæssige ugentlige arbejdstid, og det kan derfor a priori næppe skulle finde anvendelse på deltidsarbejde.

29. Desuden vil sagsøgerne erstatte det faste kriterium baseret på den ved lov eller overenskomst fastsatte ugentlige arbejdstid med et ukonstant kriterium, der varierer efter den kontraktlige arbejdstid, og som under foregivende af at skulle fjerne en påstået forskelsbehandling ville føre til en reel forskelsbehandling, da der ville blive tale om, at *samme antal arbejdstimer* giver ret til overtidstillægget for visse arbejdstagere og ikke for andre.

30. I henhold til de omhandlede overenskomster er deltidsansatte omfattet af de samme regler som de øvrige arbejdstagere, men *i forhold til beskæftigelsens omfang*. De

20 — Jf. dom af 1.7.1986, sag 237/85, Rummler, Sml. s. 2101, præmis 13 og 14. Denne konstatering er ikke i modstrid med det eksempel, der gives af professor Schüren i »Der Anspruch Teilzeitbeschäftigter auf Überstundenzuschläge«, *RdA*, 1990, s. 18, på s. 19. Det er korrekt, at 48 timers arbejde er dyrere for arbejdsgiveren, hvis det udføres af en fuldtidsansat (der skal have overarbejdstillæg), end hvis det udføres af to deltidsansatte, der hver for sig ikke overskrider den lovbestemte ugentlige arbejdstid. Viser dette ikke, at man netop opfylder målsætningen med reglen, som er at gøre overarbejde dyrere, rent bortset fra, at man fremmer udviklingen af deltidsarbejde?

er efter min opfattelse »de eneste [regler], man kan henholde sig til«, jf. Domstolens dom i Kowalska-sagen [21].

31. Der ville derimod foreligge en forskelsbehandling til fordel for deltidsansatte, hvis omfang ville være omvendt proportionalt med deres kontraktlige arbejdstid, såfremt der skulle betales tillæg, så snart der sker en overskridelse af denne arbejdstid.

32. Som det med rette er anført af Det Forenede Kongerige, ville den foreslåede løsning føre til, at arbejdsgiverne afholdes fra at ansætte folk på deltid, da aflønningen af de deltidsansatte — ved samme antal arbejdstimer — bliver dyrere for virksomheden, såfremt det bliver nødvendigt med overarbejde [22].

33. Jeg må på den baggrund konkludere, at traktatens artikel 119 ikke er til hinder for, at det i en kollektiv overenskomst bestemmes, at der kun skal betales overarbejdstillæg ved en overskridelse af den i overenskomsten fastsatte ugentlige arbejdstid.

34. Jeg skal herefter kun subsidiært behandle det andet spørgsmål — for det tilfælde, at Domstolen måtte besvare det første spørgsmål bekræftende.

35. Skyldes det andre — objektivt begrundede — faktorer end overvejelser vedrørende køn, at deltidsansatte i henhold til en kollektiv overenskomst er afskåret fra enhver form for overtidstillæg?

36. Domstolen har tidligere udtalt:

»Det tilkommer den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder og til at fortolke den nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang en lovbestemmelse, som gælder uafhængigt af arbejdstagerens køn, men som faktisk rammer langt flere kvinder end mænd, er berettiget af objektive grunde, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.« [23]

37. Domstolen har med henblik herpå opstillet følgende kriterier for den nationale ret: De midler, der er valgt, skal være i over-

21 — Præmis 20.

22 — Punkt 3.7 i indlægget.

23 — Rinner-Kühn-dommen, jf. ovenfor, præmis 15.

ensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, være egnede til at opnå det mål, den forfølger, og være nødvendige herfor [24].

38. I sin dom af 1. juli 1986 i Rummlersagen [25] udtalte Domstolen, at direktivet ikke er til hinder for, »at der i forbindelse med et fagligt klassifikationssystem for fastsættelsen af lønrammerne anvendes et kriterium, hvor der lægges vægt på anstrengelsen eller belastningen af musklerne, eller et kriterium, hvorefter hårdheden af det fysiske arbejde er afgørende, dersom det arbejde, der skal udføres, efter arbejdsopgavernes beskaffenhed rent faktisk kræver en vis fysisk styrke, såfremt systemet i sin helhed, under hensyntagen til andre kriterier, udelukker enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn« [26].

39. På linje hermed er den yderligere fysiske belastning og den kortere fritid, som overarbejde ud over den normale ugentlige arbejdstid medfører, objektive grunde, der kan gøre det berettiget, at en kollektiv overenskomst afskærer deltidsansatte fra betaling af overtidstillæg, når deres overarbejde ikke fører til, at de overskrider den normale ugentlige arbejdstid.

40. I relation til sagsøgernes argument baseret på deres forpligtelser med hensyn til børnenes opdragelse skal jeg blot gøre en enkelt bemærkning.

41. I Bilka-dommen fastslog Domstolen, at

»... artikel 119 ikke bevirker, at en arbejdsgiver er forpligtet til at udforme sin pensionsordning for de ansatte således, at der tages hensyn til de særlige vanskeligheder for ansatte med familiemæssige forpligtelser i forbindelse med konstateringen af, om de betingelser, der giver ret til en sådan pension, er opfyldt« [27].

42. I det foreliggende tilfælde ville en sådan hensyntagen faktisk føre til, at deltidsansatte stilles bedre end fuldtidsansatte, der imidlertid kan have de samme familiemæssige forpligtelser.

43. Jeg må derfor konkludere, at den større fysiske belastning og den begrænsning af mulighederne for at disponere over fritiden, som overarbejde medfører, er objektive grunde, som den nationale ret skal vurdere,

24 — Bilka-dommen, jf. ovenfor, præmis 36.
25 — Jf. ovenfor (note 20).
26 — Præmis 17.
27 — Præmis 43.

og som kan berettige en forskellig behandling af deltidsansatte og fuldtidsansatte.

»... medlemmerne af den gruppe, det være sig mænd eller kvinder, der stilles ugunstigt i tilfælde, hvor der foreligger indirekte forskelsbehandling, har ret til at være omfattet af samme regler som de øvrige arbejdstagere i forhold til beskæftigelsens omfang« [29].

44. Jeg skal herefter mere subsidiært behandle det tredje spørgsmål.

Dette gælder, hvad enten de diskriminerende bestemmelser findes i lovgivningen eller i en kollektiv overenskomst [30].

45. Hvis det lægges til grund, at deltidsansatte har krav på betaling af et overtidstillæg, så snart de overskrider den ugentlige arbejdstid i henhold til deres kontrakt, hvordan skal dette tillæg da beregnes? Kan de kræve hele det overenskomstmæssige tillæg for fuldtidsansatte eller kun en del heraf?

48. Lad mig gøre en sidste bemærkning. Såfremt Domstolen måtte finde, at der foreligger en ulovlig forskelsbehandling i henhold til EØF-traktatens artikel 119, er der efter min opfattelse ingen grund til at begrænse de tidsmæssige virkninger af dommen.

46. Såfremt Domstolen måtte finde, at der i sådanne tilfælde består et krav på overtidstillæg, kan dette kun bestå i forhold til det antal arbejdstimer, der er udført.

49. I mit forslag til afgørelse i Nimz-sagen anførte jeg: »Det har siden 1976 været gældende fællesskabsret, at EØF-traktatens artikel 119 har direkte virkning. Overenskomstparterne kan således ikke se bort fra de krav, bestemmelsen stiller, når de fører forhandlinger om kollektive overenskomster« [31].

47. Således fastslog Domstolen i Kowalska-dommen under henvisning til Ruzius-Wilbrink-dommen [28], at

28 — Jf. ovenfor (note 18).

29 — Præmis 19.

30 — Ibidem. Se også præmis 19 og 20 i Nimz-dommen, jf. ovenfor.

31 — Punkt 21 i forslaget (Sml. 1991 I, s. 312). Jf. også punkt 24 i mit forslag til afgørelse i Kowalska-sagen (Sml. 1990 I, s. 2605).

50. Det bemærkes, at Domstolen i sagerne Kowalska og Nimz, hvor det blev fastslået, at der forelå en indirekte forskelsbehandling i en overenskomstbestemmelse, ikke begrænsede de tidsmæssige virkninger af dommene.

51. Jeg foreslår herefter Domstolen at kende for ret:

— at EØF-traktatens artikel 119 og 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 ikke er til hinder for, at der i henhold til en kollektiv overenskomst kun skal betales overtidstillæg, såfremt den normale ugentlige arbejdstid for fuldtidsansatte overskrides

— subsidiært, at den større fysiske belastning og det tab af fritid, der fremkaldes ved udførelse af overarbejde, er objektive grunde, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, og som kan berettige en forskellig behandling af fuldtidsansatte og deltidsansatte, idet en sådan vurdering henhører under den nationale rets kompetence

— mere subsidiært, at det overtidstillæg, der betales til deltidsansatte, som arbejder ud over den kontraktlige ugentlige arbejdstid, men inden for den normale ugentlige arbejdstid, der er fastsat ved kollektiv overenskomst, skal stå i forhold til det antal arbejdstimer, der faktisk er udført.