# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON
fremsat den 19. april 1989 *

*Høje Domstol.*

1. Arbeitsgericht Oldenburg har stillet et præjudicielt spørgsmål, som i det væsentlige går ud på at fastslå, hvilken indflydelse forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere har på en lovbestemmelse, der særligt drejer sig om deltidsarbejde.

2. De faktiske omstændigheder er følgende. Rinner-Kühn har siden maj 1985 været ansat som rengøringsassistent i et rengøringsselskab i Delmenhorst (Forbundsrepublikken Tyskland) med en arbejdstid på 10 timer om ugen. Den 16. maj 1988 fremsatte hun krav om fortsat lønudbetaling under et sygefravær på 8 timer. Hendes arbejdsgiver afslog under henvisning til den tyske lov om fortsat lønudbetaling (herefter benævnt »LohnFG«), som bestemmer, at arbejdstagere, hvis normale arbejdstid ikke er over 10 timer om ugen eller 45 timer om måneden, ikke har krav på fortsat lønudbetaling under sygdom.

3. For Arbeitsgericht Oldenburg, som sagen blev indbragt for, gjorde Rinner-Kühn gældende, at denne bestemmelse var en forskelsbehandling af kvinder og ikke var forenelig med EØF-Traktatens artikel 119, for så vidt der er langt flere deltidsansatte kvinder end mænd.

4. Den forelæggende ret har derfor forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål om foreneligheden af LohnFG med såvel Traktatens artikel 119 som Rådets direktiv 75/117 af 10. februar 1975 (herefter benævnt »direktivet«) [1].

5. Dette spørgsmål om deltidsansatte arbejdstagere er ikke nyt for Domstolen. Vi vil få lejlighed til at vende tilbage til det, for vi må først løse et problem, som ikke har undgået Kommissionens opmærksomhed, nemlig om fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom kan betegnes som løn i henhold til Traktatens artikel 119.

6. Forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere i artikel 119 vedrører løn forstået som løn »og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier«.

7. Som Domstolen har fremhævet i det Defrenne III:

* Originalsprog: fransk.

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

»i modsætning til bestemmelserne i artiklerne 117 og 118, som hovedsagelig er programerklæringer, er artikel 119, der kun vedrører problemet om forskelsbehandling med hensyn til mandlige og kvindelige arbejdstageres løn, en speciel regel, hvis anvendelse er undergivet præcise betingelser;

under disse omstændigheder kan den nævnte artikel kun vedrøre de ansættelsesforhold, den udtrykkeligt omhandler« [2].

Generaldvokat Capotorti havde i øvrigt i sit forslag påpeget, at selv om lønnen givetvis må tælles blandt arbejdsvilkårene, som omhandles i artiklerne 117 og 118, er den »særligt« omhandlet i artikel 119. Denne sidste har altså en særlig rækkevidde [3].

8. I Garland-dommen har Domstolen defineret begrebet løn under henvisning til:

»samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller i naturalier« [4].

9. Er fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom omfattet af denne definition?

10. Domstolens praksis er allerede righoldig med hensyn til alderspensioner. I Defrenne I-dommen har Domstolen statueret, at lovregulerede alderspensionsordninger ikke er omfattet af artikel 119's anvendelsesområde, og har udtalt, at det økonomiske bidrag fra arbejdstagere, arbejdsgivere og eventuelt det offentlige

»i mindre grad følger af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser« [5].

11. Ligeledes har Domstolen i Newsteaddommen statueret, at et bidrag til oprettelse af en erhvervstilknyttet pensionsfond, som er obligatorisk og træder i stedet for en lovbestemt social sikringsordning, skal betragtes som henhørende under Traktatens artikel 118's anvendelsesområde og ikke under artikel 119's [6].

12. Derimod har Domstolen i Bilka-dommen anerkendt, at virksomhedspensionsordninger indført ved overenskomst mellem arbejdsgiveren og repræsentanter for de ansatte er omfattet af begrebet løn [7].

13. Desuden har Domstolen i Worringham og Humphreys-dommen ligeledes statueret, at begrebet løn omfatter de dele af bruttolønnen, som umiddelbart indeholdes af arbejdsgiveren og på arbejdstagerens vegne indbetales til en kontraktmæssig pensionsordning [8].

2 — Dom af 15. juni 1978, 249/77, Sml. s. 1365, præmisserne 19 og 20.

3 — 349/77, Sml. 1978, s. 1381.

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

5 — Dom af 25. maj 1971, 80/70, Sml. s. 109, præmis 8.

6 — Dom af 3. december 1987, 192/85, Sml. s. 4753, præmis 15.

7 — Dom af 13. maj 1986, 770/84, Sml. s. 1607, præmisserne 20, 21 og 22.

8 — Dom af 11. marts 1981, 69/80, Sml. s. 767, præmis 15.

14. Endelig har Domstolen i Liefting-dommen anerkendt, at bidrag til lovvbestemte sociale sikringsordninger, som påhviler arbejdstagerne, og som direkte er afgørende for beregningen af andre til lønnen knyttede fordele, såsom fratrædelsesgodtgørelse, arbejdsløshedsydelser, familieydelser og lånemuligheder, er omfattet af begrebet løn [9].

15. I det foreliggende tilfælde betales den fortsatte lønudbetaling i tilfælde af sygdom af arbejdsgiveren. Ganske vist godtgøres en del af denne løn af sygekasserne, men denne bestemmelse gælder kun i begrænset omfang, fordi den kun omfatter virksomheder med mindre end 20 personer. Desuden udspringer betingelserne for udbetaling af denne løn af arbejdsforholdet, fordi kun arbejdstagere, der har haft en vis ugentlig eller månedlig arbejdstid, kan være omfattet af denne ordning. Ydelsernes størrelse er i øvrigt *direkte afhængig* af den sædvanligt udbetalte løn. Inspireret af formuleringen i Domstolens *Defrenne I*-dom kan man således vende denne om og sige, at arbejdsgiverens økonomiske bidrag i større grad følger af ansættelsesforholdet end af socialpolitiske overvejelser. Alt dette må efter min opfattelse føre til at anerkende, at den pågældende ydelse må betegnes som løn i den i EØF-Traktatens artikel 119 forudsatte betydning.

16. Lad os nu gå over til spørgsmålet, om den pågældende lovbestemmelse er diskriminerende.

17. Lad mig for sidste gang minde om, at det præjudicielle spørgsmål både vedrører Traktatens artikel 119 og direktiv 75/117. I Domstolens praksis er det allerede fastslået, at

»dette direktivs væsentligste formål er (...) at lette den praktiske gennemførelse af ligelønsprincippet i Traktatens artikel 119, og som følge heraf ændrer det ikke på nogen måde ved dette princips indhold eller rækkevidde som fastlagt i Traktaten« [10].

18. Jeg vil i øvrigt begrænse mig til at behandle artikel 119, da den tvist, der er indbragt for den nationale ret, synes at kunne løses alene ved en fortolkning af denne artikel.

19. Som jeg allerede har nævnt, har Domstolen i sin praksis allerede beskæftiget sig med vanskelighederne i forbindelse med deltidsarbejde. I *Jenkins*-dommen har Domstolen udtalt, at

»den omstændighed, at deltidsbeskæftigelse aflønnes med en lavere timeløn end fuldtidsbeskæftigelse, er altså ikke *i sig selv* en efter artikel 119 forbudt forskelsbehandling, såfremt timelønningerne anvendes uden sondring efter køn for de to lønmodtagergrupper« [11].

Domstolen tilføjede, at en sådan lønforskel ikke var i strid med ligelønsprincippet, såfremt den kunne forklares med »faktorer, som er objektivt begrundede, og som ikke beror på nogen form for kønsdiskrimina-

9 — Dom af 18. september 1984, 23/83, Sml. s. 3225, præmisserne 12 og 13.

10 — 192/85, præmis 20; se også dom af 31. marts 1981, 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 22.

11 — 96/80, præmis 10, min understregning.

tion«, men »godtgøres det derimod, at en betydelig mindre procentdel af kvinder end mænd udfører det minimumsantal arbejdstimer pr. uge, som er nødvendigt for at gøre krav på timelønssatsen for fuldtidsbeskæftigelse«, er lønforskellen i strid med artikel 119, når den ikke kan forklares »ved andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn« [12], og Domstolen overlod det til den nationale ret at tage stilling til sidstnævnte spørgsmål.

20. I Bilka-dommen har Domstolen opretholdt samme praksis og udtalt, at:

»hvis det skulle vise sig, at en betydelig mindre procentdel af kvinder end af mænd arbejder på fuld tid, vil udelukkelsen af deltidsansatte fra virksomhedens pensionsordning være i strid med Traktatens artikel 119, når denne foranstaltning — under hensyntagen til de vanskeligheder, som kvindelige arbejdstagere har ved at arbejde på fuld tid — ikke kan forklares ved faktorer, der udelukker en forskelsbehandling på grundlag af køn« [13].

21. Domstolen har imidlertid på dette punkt *vendt bevisbyrden om*, idet den i konklusionen til denne dom har kendt for ret, at:

»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« [14].

Også her har Domstolen overladt det til den nationale ret at tage stilling til, om begrundelsen for den omtvistede foranstaltning intet har at gøre med forskelsbehandling.

22. Domstolens praksis giver herved den nationale ret fingerpeg — jeg vover ikke at sige direktiver — for at lede denne til den mest rimelige løsning. Domstolen kræver således, at de valgte midler er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, er egnede til at opnå det mål, de forfølger, og er nødvendige herfor [15].

23. I det foreliggende tilfælde er det ubestrideligt, at deltidsarbejde i de fleste medlemsstater som oftest udføres af et langt større antal kvindelige end mandlige arbejdstagere. I afrundede tal er procentsatserne for 1987, som Kommissionen har fremlagt som svar på Domstolens spørgsmål, følgende:

— Forbundsrepublikken Tyskland: 89%,

— Frankrig: 88%,

12 — Ibid., præmisserne 11 og 13.

13 — 170/84, præmis 29.

14 — Ibid. konklusion, min understregning.

15 — Ibid., præmis 36.

— Spanien: 86%,

— Det Forenede Kongerige: 85%,

— Nederlandene: 83%,

— Italien: 62%,

— Danmark: 54%.

24. Ganske vist har den danske regering, som har interveneret i sagen, påpeget den særlige situation i Danmark. Den har desuden fremhævet, at det vil være uholdbart at betragte en lovbestemmelse for traktatstridig alene med den begrundelse, at den i praksis oftere berører kvindelige arbejdstagere end mandlige arbejdstagere, for så vidt situationen dels kan ændre sig fra år til år, og man dels ikke kan forestille sig at samme foranstaltninger skulle være retsstridig i en medlemsstat og retmæssig i en anden, eller endog samtidig retsstridig og retmæssig i samme stat alt efter de pågældende brancher.

25. Dette indlæg foranlediger mig til en mere generel betragtning. Kan Domstolens Jenkins- og Bilka-domme overføres til det tilfælde, som vi beskæftiger os med i dag? Kommissionen og sagsøgeren i hovedsagen anser det for givet. Jeg må tilstå, at jeg føler en vis tøven på dette punkt. I det første af de to tilfælde, som har givet anledning til disse domme, er der nemlig tale om en virksomheds lønmæssige praksis, i det andet om en kontraktlig pensionsordning indført af en gruppe virksomheder. Det, Domstolen skal tage stilling til i dag, er derimod spørgsmålet, om en *lovbestemmelse* er i overensstemmelse med fællesskabsprincipperne. Spørgsmålet er derfor, om der over for en ikke kontraktlig, men statslig norm kan opstilles en formodning for retsstridighed som den, der er udledt af Domstolens Bilka-dom, som kun kan gendrives ved at føre bevis for, at de pågældende foranstaltninger er berettiget af grunde, der må anses for »objektivt begrundede økonomiske grunde« [15].

26. En fuld overførelse af denne retspraksis til et sådant tilfælde ville føre til, at en national lovbestemmelse ville blive erklæret for forenelig eller uforenelig med Traktaten, når et vist antal betingelser er opfyldt, *alene* afhængigt af *begrundelsen* for denne bestemmelse. Dette er i øvrigt hele meningen med det spørgsmål, Domstolen har stillet til den tyske regering under skriftvekslingen. Er der ikke i betragtning af den nødvendige retssikkerhed en vis fare ved alene at lade en national lovbestemmelses forenelighed med fællesskabsretten afhænge af begrundelsen for dens vedtagelse? Den tyske regerings svar viser i øvrigt de vanskeligheder, der til tider er ved at erkende begrundelsen for en lovgivningsreform, navnlig når den fremgår af et parlamentsinitiativ. Det forekommer mig uklogt således at bedømme en generel regel afhængigt af subjektive betragtninger vedrørende de mere eller mindre sikre, mere eller mindre udtalte begrundelser, som er gået forud for dens vedtagelse.

27. I Bilka-sagen havde Kommissionen foreslået en sondring mellem formålet med og den diskriminatoriske virkning af foranstaltningen, således at Domstolen ikke blot

15 — Ibid., præmis 36.

burde kende de foranstaltninger retsstridige, som havde til formål at være diskriminatoriske, men også dem, der uden noget sådant formål havde en diskriminatorisk virkning. Domstolen gav ikke noget udtrykkeligt svar på dette, men dommens præmis 30, hvorefter der ikke kan påvises nogen overtrædelse af artikel 119,

»hvis virksomheden [...] kan godtgøre, at dens lønpolitik kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn«,

synes at indeholde en stiltiende tilbagevisning af Kommissionens vidtgående opfattelse.

28. En foranstaltning kan således efter min opfattelse ikke være uforenelig med EF-retten, blot fordi den har en diskriminatorisk virkning, når den kan forklares ved objektive faktorer og den ikke har noget diskriminatorisk formål.

29. Er det i øvrigt ønskeligt, at Domstolen opstiller en formodning for, at national ret er uforenelig med fællesskabsretten, alene fordi en bestemmelse i denne ret rammer et langt større antal kvinder end mænd? En sådan formodning er fuldt ud berettiget, når der er tale om en virksomheds praksis eller en aftale mellem arbejdsgivere, dvs. om retsregler af beskeden rang i retsnormernes hierarki og navnlig med meget begrænset rækkevidde. Efter min opfattelse gælder det samme ikke med hensyn til en lovbestemmelse. Der er nemlig en væsensforskel mellem en arbejdsgiver, for hvem lønpolitikken er et af de vigtigste områder i hans virksomheds liv, og en lovgiver, som skal varetage almene hensyn, og som skal tage hensyn til en meget lang række sociale, økonomiske og politiske omstændigheder, blandt hvilke fordelingen mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere er et element blandt flere. Selv om man således med rette kan formode, at en virksomhed ikke har kunnet være uvidende om den ulige fordeling af mandlige arbejdstagere og kvindelige arbejdstagere i nogle af dens stillinger, og følgelig opstille en formodning for, at dens lønbestemmelser er retsstridige, gælder noget andet med hensyn til en national lovgiver, som skal tage et langt større antal faktorer i betragtning, og som ikke kan formodes at optræde diskriminatorisk. De fleste af de omtalte ulemper med hensyn til retsusikkerhed på dette punkt ville blive undgået, hvis Domstolen ikke på dette område pålægger en omvendt bevisbyrde.

30. Kommissionen har nu under den mundtlige forhandling redegjort for sit forslag til Rådets direktiv om bevisbyrden i forbindelse med ligeløn og ligebehandling for kvinder og mænd [16]. Artikel 3 i dette forslag bestemmer, at »når personer ... ved en domstol... skaber formodning om forskelsbehandling, påhviler det den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat«. Samme artikels stk. 2 bestemmer, at »der foreligger formodning om forskelsbehandling, når en klager fremlægger en eller flere kendsgerninger, der, hvis de ikke modbevises, er ensbetydende med direkte eller indirekte forskelsbehandling«. Det tilkommer ikke mig at fortolke bestemmelserne i dette forslag til direktiv, men det ser ud til, at der blandt de faktorer, der kan give grundlag for at opstille en formodning, må regnes en åbenbart ulige fordeling af kvindelige arbejdstagere og mandlige arbejdstagere, der er berørt af den pågældende foranstaltning. Selv om Kommissionen imidlertid har foreslået ved hjælp af

16 — EFT C 176 af 5.7.1988, s. 5.

denne formodning ved et direktiv at indføre omvendt bevisbyrde, er det givet, at fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke forudsætter, at der findes en sådan mekanisme. Jeg mener altså, at Domstolens praksis, som forfines uden på nogen måde at afsvækkes, kunne gå ud på, at en lovbestemmelse, som faktisk rammer et langt større antal kvinder end mænd, er forenelig med EØF-Traktatens artikel 119, medmindre det *godtgøres*, at denne foranstaltning er blevet truffet med formål, som har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, og at det kan overlades til den nationale ret at tage stilling til sidstnævnte spørgsmål på grundlag af de af parterne fremførte bevismidler, og at drage alle nødvendige konsekvenser heraf.

31. I det foreliggende tilfælde er den første betingelse, der stilles i Domstolens praksis om, at der skal være en væsentlig forskel mellem antallet af kvindelige arbejdstagere og mandlige arbejdstagere, åbenbart opfyldt for Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende, fordi 89% af de deltidsansatte arbejdstagere i denne stat er kvinder.

32. Med hensyn til det andet punkt tilkommer det ifølge Domstolens praksis den nationale ret at tage stilling til, om den omtvistede bestemmelse er blevet indført med formål, som ikke er uden forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn.

33. I kraft af den direkte virkning af Traktatens artikel 119, som Domstolen har anerkendt, når forskelsbehandling kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier, samme arbejde og lige løn, uden at der fra Fællesskabets eller medlemsstaternes side skal træffes nærmere foranstaltninger til fastlæggelse af disse kriterier [17], tilkommer det den nationale domstol at anvende national lovgivning i overensstemmelse med fælleskabsretten og i givet fald at lade enhver modstående internretlig forskrift være retligt uvirksom [18].

34 På det tilgrænsende område ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring er Domstolen gået frem på samme måde, idet den har udtalt:

»hvis den nationale ret, som har enekompetence til at bedømme de faktiske omstændigheder og fortolke den nationale lovgivning, fastslår, at tillæg... er egnede til at sikre [formålet] og er nødvendige herfor, er den omstændighed, at tillæggene udbetales til et klart større antal gifte mænd end gifte kvinder, ikke tilstrækkelig til, at det heraf kan sluttes, at ydelsen af sådanne tillæg indebærer en tilsidesættelse af direktivet« [19].

35. Jeg foreslår Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål på samme måde.

17 — 96/80, præmis 17; dom af 8. april 1976, 43/75, Defrenne II, Sml. s. 455, præmis 18; dom af 27. marts 1980, 129/79, Macarthys, Sml. s. 1275, præmis 10; 69/80, Worringham og Humphreys, præmis 23.

18 — Dom af 4. februar 1988, 157/86, Murphy, Sml. s. 673, præmis 11.

19 — Dom af 11. juni 1987, 30/85, Teuling, Sml. s. 2497, præmis 18.

36. Jeg foreslår derfor, at Domstolen kender for ret:

»En lovbestemmelse, hvorefter deltidsansatte er udelukket fra fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom, er forenelig med EØF-Traktatens artikel 119, når denne bestemmelse rammer et langt større antal kvinder end mænd, medmindre det godtgøres for den nationale ret, at denne bestemmelse er blevet indført med formål, som ikke er uden forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn.«