FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 29. juni 1995 *

1. Det af Bundesarbeitsgericht forelagte spørgsmål i denne sag drejer sig om, hvorvidt visse bestemmelser i Betriebsverfassungsgesetz (lov om medarbejderrepræsentation, herefter »BetrVG«) er forenelig med princippet om lige løn til mænd og kvinder, navnlig med traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet [1]. Domstolen behandlede samme spørgsmål i Bötel-dommen [2]. Domstolens ræsonnement i nævnte sag har ikke overbevist den forelæggende ret, og den anmoder derfor Domstolen om på ny at behandle spørgsmålet.

2. Ifølge den forelæggende ret repræsenterer medlemmerne af et bedriftsråd virksomhedens ansattes interesser. I henhold til § 37, stk. 1, i BetrVG er medlemskab af et bedriftsråd et ulønnet tillidshverv. I § 37, stk. 2, bestemmes, at bedriftsrådsmedlemmer skal gives tjenestefri uden afkortning i lønnen, såfremt og i det omfang det under hensyn til virksomhedens størrelse og art er påkrævet for udførelsen af deres opgaver. Ifølge § 37, stk. 6, gælder § 37, stk. 2, tilsvarende ved bedriftsrådsmedlemmers deltagelser i kurser, der formidler kundskaber, der er nødvendige for bedriftsrådsarbejdet.

3. Johanna Lewark er deltidsansat inden for plejeområdet på dialysecentret i Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e. V. i Kaiserslautern. Hun arbejder 7,7 timer om dagen 4 dage om ugen, dvs. hun har en samlet ugentlig arbejdstid på 30,8 timer.

4. Dialysecentret beskæftiger på plejeområdet syv mænd og fjorten kvinder. Blandt mændene er seks ansat på fuldtid og en på deltid. Blandt kvinderne er fire ansat på fuldtid og ti på deltid. Johanna Lewark er medlem af dialysecentrets bedriftsråd, der består af tre medlemmer. Hun er eneste bedriftsrådsmedlem, der er deltidsansat.

5. Fra den 12. til den 16. november 1990 deltog Lewark på grundlag af en beslutning truffet af bedriftsrådet og med arbejdsgiverens godkendelse i et uddannelseskursus, som skulle give hende de kundskaber, der var

* Originalsprog: engelsk.

1 — Rådets direktiv 75/117/EØF af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

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

nødvendige for arbejdet i bedriftsrådet. Den 13. november 1990 varede kurset syv en halv time. Da Lewark var deltidsansat og omfattet af en fleksibel ordning, som arbejdsgiveren anvendte, skulle hun ikke have arbejdet denne dag, såfremt hun ikke havde deltaget i kurset.

6. I henhold til § 37, stk. 6, i BetrVG fik Lewark af arbejdsgiveren udbetalt den aftalte løn under hensyn til den kontraktlige arbejdstid på 30,8 timer pr. uge. Hun modtog ikke betaling for de timer, hvor hun deltog i kurset den 13. november 1990, da hun ikke skulle have arbejdet denne dag.

7. Lewark krævede i tillæg til den aftalte løn godtgørelse for de syv en halv time den 13. november 1990, hvor hun deltog i uddannelseskurset. Hun anførte, at det ikke kan kræves af deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer, at de i videre omfang end de fuldtidsansatte medlemmer skal ofre en del af deres fritid. Hun gjorde gældende, at afslaget på at give hende godtgørelse udgør en indirekte forskelsbehandling af kvinder, som er i strid med traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet. Lewark anlagde sag ved Arbeitsgericht, som gav hende medhold. Kuratorium appellerede til Landesarbeitsgericht. Den appellerede dom blev stadfæstet, hvorefter Kuratorium appellerede sagen til Bundesarbeitsgericht, som har forelagt denne præjudicielle anmodning.

8. De grunde, som har ført Landesarbeitsgericht til at stadfæste dommen, fremgår af forelæggelseskendelsen. Det er Landesarbeitsgericht's opfattelse, at Lewark ikke har ret til godtgørelse ifølge § 37 i BetrVG. Afslaget på at yde hende godtgørelse er imidlertid indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet. Efter Landesarbeitsgericht's opfattelse medfører den tyske lovgivning om medarbejderrepræsentation, at deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer får en lavere aflønning end fuldtidsansatte medlemmer. Resultatet heraf er, at væsentligt flere kvinder end mænd rammes. Landesarbeitsgericht var ikke i besiddelse af statistiske oplysninger vedrørende andelen af deltidsansatte kvindelige bedriftsrådsmedlemmer i forhold til deltidsansatte mandlige bedriftsrådsmedlemmer. Ifølge den officielle statistik vedrørende arbejdsmarkedet og sociale forhold var ved udgangen af juni 1991 93,4% af alle deltidsansatte kvinder og kun 6,6% mænd. På baggrund af denne meget store forskel mellem antallet af henholdsvis mandlige og kvindelige deltidsansatte var Landesarbeitsgericht overbevist om, at der i hvert fald var et lignende forhold mellem antallet af henholdsvis kvinder og mænd blandt de deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer. Landesarbeitsgericht anlagde det synspunkt, at der ikke forelå grunde, som objektivt begrundede forskelsbehandlingen af Lewark som deltidsansat i forhold til de øvrige medlemmer af bedriftsrådet, der var fuldtidsansatte.

9. Bundesarbeitsgericht anfører i forelæggelseskendelsen, at den ikke ønsker at følge

Landesarbeitsgericht's argumentation for så vidt angår fællesskabsretten. Den ville i Lewark's tilfælde foretrække at fastslå, at der ikke har været tale om forskelsbehandling på grundlag af køn som omhandlet i traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet. Den forelæggende ret henviser imidlertid til Domstolens dom i Bötel-sagen og udtaler, at denne afgørelse forhindrer den i at fastslå, at der ikke foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

10. I Bötel-dommen fastslog Domstolen, at den godtgørelse, der udbetales i henhold til BetrVG til en ansat, der er medlem af bedriftsrådet, i forbindelse med deltagelse i kurser, der formidler oplysninger, der er nødvendige for bedriftsrådsarbejdet, er at betragte som løn som omhandlet i artikel 119. Den fandt ligeledes, at ved anvendelsen af BetrVG behandles de deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer forskelligt fra de medlemmer, der er fuldtidsansatte, for så vidt angår den godtgørelse de får på grund af deltagelse i uddannelseskurser. De deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer bruger samme antal timer på deltagelse i uddannelseskurser som de, der er fuldtidsansat. Når varigheden af de uddannelseskurser, der afholdes inden for den fuldtidsarbejdstid, der er gældende i virksomheden, overskrider de deltidsbeskæftigedes individuelle arbejdstid, får disse en mindre godtgørelse end de bedriftsrådsmedlemmer, der er fuldtidsbeskæftigede. Domstolen nåede frem til den konklusion, at der var tale om en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi de deltidsbeskæftigede bedriftsrådsmedlemmer ifølge den nationale ret generelt var kvinder, og fordi hovedsagens akter viste, at der blandt virksomhedens bedriftsrådsmedlemmer var langt flere kvinder end mænd, der var deltidsbeskæftigede.

11. I Bötel-dommen kendte Domstolen for ret, at traktatens artikel 119 og direktiv 75/117 er til hinder for en national lovgivning, som gælder for et væsentligt større antal kvinder end mænd, og som begrænser den godtgørelse, deltidsbeskæftigede bedriftsrådsmedlemmer skal have af arbejdsgiveren i form af afspadsering eller overtidsbetaling, til kun at omfatte deres individuelle arbejdstid, når de deltager i kurser, der formidler oplysninger, der er nødvendige for bedriftsrådsarbejdet, og som finder sted inden for virksomhedens fulde arbejdstid, men ud over de deltidsbeskæftigedes individuelle arbejdstid, mens fuldtidsbeskæftigede bedriftsrådsmedlemmer får en godtgørelse indtil den fulde arbejdstid, når de deltager i de samme kurser. Domstolen tilføjede, at medlemsstaten har adgang til at godtgøre, at lovgivningen er begrundet i objektive forhold, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [3].

12. Bundesarbeitsgericht finder ikke, at Domstolens dom i Bötel-sagen er overbevi-

3 — Ovennævnte Bötel-dom, præmis 27.

sende. Den anfører, at den forelæggende ret i nævnte sag eventuelt i utilstrækkelig grad har forklaret bedriftsrådsmedlemmernes retsstilling i henhold til den tyske lovgivning om medarbejderrepræsentation.

13. Bundesarbeitsgericht er af den opfattelse, at medlemskab af et bedriftsråd ikke er en del af et arbejdsforhold, således at den godtgørelse, som medlemmerne modtager for deres deltagelse i uddannelseskurser, ikke er løn i traktatens artikel 119's forstand. Den finder ligeledes, at deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer ikke behandles forskelligt fra de fuldtidsansatte medlemmer. Selv om der måtte være tale om forskelsbehandling, ville denne være berettiget af objektive grunde.

14. Bundesarbeitsgericht har i forelæggelseskendelsen forklaret baggrunden for BetrVG's § 37. Ifølge den tyske lovgivning er enhver forfordeling eller begunstigelse af bedriftsrådsmedlemmer forbudt [4] for at sikre deres uafhængighed og undgå, at de under udførelsen af deres hverv påvirkes af muligheden for at opnå eller miste særlige materielle fordele. I overensstemmelse med dette mål bestemmer § 37, stk. 1, at hvervet som bedriftsrådsmedlem er et ulønnet tillidshverv. Hensigten med § 37, stk. 2, er at sikre, at bedriftsrådsmedlemmerne ikke lider et indtægtstab på grund af udøvelsen af deres hverv. Ifølge § 37, stk. 6, i BetrVG gælder tilsvarende for de arbejdstimer, der anvendes til deltagelse i uddannelseskurser, som formidler kundskaber, der er nødvendige for bedriftsrådets arbejde.

15. På denne baggrund har Bundesarbeitsgericht forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er forbuddet mod indirekte kønsdiskriminering med hensyn til løn i EØF-traktatens artikel 119 og i 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 til hinder for, at det i national lovgivning bestemmes, at hvervet som bedriftsrådsmedlem er et ulønnet tillidshverv, og at bedriftsrådsmedlemmer alene beskyttes mod det indtægtstab, som de ellers ville have, fordi de som følge af bedriftsrådshvervet ikke kan arbejde alle de timer, der er fastsat i ansættelseskontrakten?«

4 — Jf. § 78 i BetrVG.

16. Den tyske regering har tilsluttet sig de argumenter, der fremgår af forelæggelseskendelsen, og gør gældende, at det forelagte spørgsmål bør besvares benægtende.

17. Det skal bemærkes, at Arbeitsgericht Bremen i sagen Freers og Speckmann (sag C-278/93) har forelagt Domstolen et spørgsmål, der i alt væsentligt rejser samme problem som det, der foreligger i denne sag. Generaladvokat Darmon har i sit forslag til afgørelse af 5. juli 1994 foreslået Domstolen at besvare denne forelæggelse i overensstemmelse med Domstolens dom i Bötel-sagen.

18. Spørgsmålet i denne sag henviser både til traktatens artikel 119 og til ligelønsdirektivet. I henhold til Domstolens praksis er det væsentligste formål med direktivets artikel 1 at lette den praktiske gennemførelse af ligelønsprincippet i artikel 119, men bestemmelsen ændrer ikke på nogen måde ved dette princips indhold eller rækkevidde som fastlagt i traktaten [5]. For så vidt angår den foreliggende sag kan de to bestemmelser behandles samlet. Jeg vil først behandle spørgsmålet om løn, derefter spørgsmålet om ligebehandling og endelig spørgsmålet om berettigelse.

5 — Jf. f.eks. dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 22.

Spørgsmålet om løn

19. Den forelæggende ret henviser til, at hvervet som bedriftsrådsmedlem i henhold til BetrVG er et ulønnet tillidshverv, og at bedriftsrådets medlemmer repræsenterer virksomhedens ansattes interesser. De udfører deres hverv på uafhængig måde uden at være undergivet arbejdsgiverens instrukser. Det følger heraf, at medlemmernes deltagelse i uddannelseskurser, hvor de erhverver kundskaber, der er nødvendige for udøvelsen af deres hverv, ikke er en arbejdspræstation. I henhold til § 37, stk. 6, i BetrVG modtager et bedriftsrådsmedlem, der deltager i kurser af denne karakter, ikke nogen aflønning herfor, men er ganske enkelt beskyttet mod ethvert indtægtstab, som kunne være en følge af udøvelsen af opgaverne i bedriftsrådet. Såfremt et bedriftsrådsmedlem anvender sin fritid til dette hverv eller til at deltage i uddannelseskurser, modtager den pågældende ikke løn herfor. Den i henhold til § 37, stk. 6, i BetrVG udbetalte godtgørelse for indtægtstab til bedriftsrådsmedlemmer er ikke løn som omhandlet i traktatens artikel 119. Den forelæggende ret finder, at »arbejde« i artikel 119's forstand skal fortolkes som en tjenesteydelse, der skal udføres på grundlag af et arbejdsforhold og er underlagt arbejdsgiverens instrukser, og at bedriftsrådsarbejdet ikke falder ind under dette begreb.

20. Ifølge Domstolens praksis omfatter begrebet løn som omhandlet i traktatens arti-

kel 119, stk. 2, samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller i naturalier. Det har ingen betydning, om lønnen udbetales i henhold til en ansættelseskontrakt, ifølge lov eller frivilligt [6]. På dette grundlag har Domstolen i Bötel-sagen fastslået, at godtgørelse, der udbetales til en arbejdstager, der er medlem af et bedriftsråd, i henhold til § 37, stk. 6, i BetrVG, er løn som omhandlet i artikel 119. Domstolen har tilføjet, at selv om godtgørelsen ikke som sådan følger af en ansættelseskontrakt, ydes den ikke desto mindre af arbejdsgiveren i henhold til lov og som følge af et arbejdsforhold. Ifølge Domstolen har bedriftsrådsmedlemmer nødvendigvis status som arbejdstagere i en virksomhed, og de har til opgave at varetage de ansattes interesser til fremme af et positivt arbejdsklima i virksomheden, hvilket er i dennes almene interesse. Domstolen har ligeledes bekræftet, at udbetalingen af godtgørelse skal sikre bedriftsrådsmedlemmer en indkomst, også selv om de i kursustiden ikke udøver aktiviteter som nævnt i ansættelseskontrakten [7].

21. Problemet i denne sag opstår derved, at bedriftsrådsmedlemmer, som deltager i et uddannelseskursus, strengt taget ikke modtager løn som følge af deres ansættelse. § 37, stk. 6, i BetrVG bevirker, at de bibeholder retten til løn, skønt de ikke arbejder i kursusperioden. Ifølge Domstolens praksis er det imidlertid ikke nødvendigt, for at en ydelse udgør løn, at den udbetales af arbejdsgiveren til arbejdstageren som vederlag for en arbejdsydelse. Løn, der udbetales under sygdom, hvor dette er foreskrevet ved lov, ophører ikke med at være løn, fordi arbejdstageren ikke udfører et arbejde som anført i ansættelseskontrakten. Domstolen har fastslået, at betaling af løn under arbejdstagerens sygdom falder ind under begrebet løn som omhandlet i traktatens artikel 119 [8].

22. Jeg kommer herefter til det resultat, at den godtgørelse, der udbetales til et bedriftsrådsmedlem for deltagelse i uddannelseskurser i henhold til § 37, stk. 6, i BetrVG, er »løn« som omhandlet i traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet, således som Domstolen fastslog i Bötel-sagen. Det skal dog medgives, at godtgørelsen under hensyn til de faktiske omstændigheder i denne sag kun kan betragtes som løn i udtrykkets videste betydning. Selv om fortsat udbetaling af løn for deltagelse i sådanne aktiviteter i den normale arbejdstid kan betragtes som løn, er det mindre klart, at det samme gælder for godtgørelse for at foretage disse aktiviteter uden for arbejdstiden.

6 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 12-19.

7 — Ovennævnte Bötel-dom, præmis 14 og 15.

8 — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, og generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i Bötel-sagen, der er citeret ovenfor i fodnote 2, på s. 3601.

Spørgsmålet om ligebehandling

23. I forelæggelseskendelsen anfører Bundesarbeitsgericht, at selv om godtgørelsen, som bedriftsrådsmedlemmerne modtager for at deltage i kurser, betragtes som løn i artikel 119's forstand, er der ikke tale om nogen forskelsbehandling af fuldtids- og deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer. Begge kategorier af medlemmer er beskyttet på samme måde mod indtægtstab som følge af deltagelsen i kurser. I henhold til § 37, stk. 6, i BetrVG oppebærer bedriftsrådsmedlemmer, der deltager i kurser, den løn, de ville have modtaget, såfremt de ikke havde deltaget i kurset i deres individuelle arbejdstid. Når et kursus varer ud over bedriftsrådsmedlemmernes individuelle arbejdstid, modtager hverken deltids- eller fuldtidsansatte løn for at deltage i kurset i tillæg til deres kontraktligt fastsatte løn.

24. I Bötel-dommen har Domstolen afvist denne argumentation. Domstolen har fastslået, at begge grupper bedriftsrådsmedlemmer anvender samme antal timer til uddannelseskurser. Når kurser, der finder sted inden for den fulde arbejdstid i virksomheden, overskrider deltidsbeskæftigede bedriftsrådsmedlemmers individuelle arbejdstid, får disse en mindre godtgørelse fra arbejdsgiveren end fuldtidsbeskæftigede bedriftsrådsmedlemmer og bliver således udsat for forskelsbehandling [9].

25. I Bötel-sagen blev det fremført, at forskelsbehandlingen mellem fuldtids- og deltidsbeskæftigede udelukkende skyldtes forskellige individuelle arbejdstider, da der ifølge tysk lovgivning uden forskel kun ydes godtgørelse for den arbejdstid, i hvilken der ikke er blevet udført arbejde som følge af deltagelse i uddannelseskurser. Domstolen fastslog, at metoden til beregning af godtgørelse ikke ændrer ved, at deltidsbeskæftigede bedriftsrådsmedlemmer opnår en lavere godtgørelse end deres fuldtidsbeskæftigede kolleger, uanset om de to grupper arbejdstagere åbenbart har gennemført samme antal timers undervisning med henblik på aktivt at kunne støtte arbejdstagernes interesser af hensyn til et godt arbejdsklima, hvilket tillige generelt er i virksomhedens interesse [10]. Ifølge Domstolen vil en sådan ordning kunne afholde deltidsbeskæftigede, blandt hvilken andelen af kvinder ubestridt er størst, fra at påtage sig bedriftsrådshverv eller fra at erhverve sig kundskaber, der er nødvendige for bedriftsrådsarbejdet, hvilket medfører, at denne arbejdstagerkategori har vanskeligere ved at få kvalificerede repræsentanter i bedriftsrådene [11].

9 — Ovennævnte Bötel-dom, præmis 17.
10 — Ovennævnte Bötel-dom, præmis 24.
11 — Ovennævnte Bötel-dom, præmis 25.

26. Det er klart, at der ikke foreligger forskelsbehandling mellem fuldtids- og deltidsbeskæftigede, når et kursus finder sted uden for begges arbejdstid. I dette tilfælde har hverken den ene eller den anden kategori ret til godtgørelse i henhold til § 37 i BetrVG. Men når et kursus finder sted i de fuldtidsbeskæftigedes arbejdstid, men uden for de deltidsbeskæftigedes individuelle arbejdstid, bliver de sidstnævnte forfordelt, fordi de er forpligtet til at ofre deres fritid. Ifølge forelæggelseskendelsen ligger det i BetrVG, at personer, der udøver et ulønnet tillidshverv, forventes at ofre deres fritid, når det er nødvendigt for udførelsen af deres hverv. Dette medfører imidlertid ikke, at forskelsbehandlingen mellem fuldtids- og deltidsbeskæftigede forsvinder, da det under de ovenfor beskrevne omstændigheder kun er deltidsansatte, der bringer dette offer.

27. Alligevel skal jeg fremhæve visse specielle karakteristika ved denne ulige situation, og disse kan vise sig relevante for spørgsmålet om berettigelsen. For det første diskriminerer de nationale bestemmelser ikke ved første øjekast; de finder anvendelse såvel på fuldtids-som på deltidsbeskæftigede, og enhver ulighed, som følger heraf, er indirekte derved, at der er tale om en tilfældig konsekvens af visse deltidsbeskæftigedes situation. Dette er en forskel i forhold til mange af de sager, som Domstolen har behandlet, hvori der har været tale om *direkte* forskelsbehandling af deltidsbeskæftigede (og således en *indirekte* forskelsbehandling af kvinder, som udgør flertallet heraf). I Bilka-sagen [12] behandlede Domstolen således en supplerende virksomhedspensionsordning, som deltidsansatte kun kunne deltage i, såfremt de havde arbejdet fuldtids i en vis periode. Rinner-Kühn-sagen [13] drejede sig om, at deltidsbeskæftigede ikke var omfattet af den tyske lovgivning om udbetaling af løn under sygdom. § 37 i BetrVG skelner tværtimod ikke mellem fuldtids- og deltidsbeskæftigede, men finder tilsyneladende anvendelse på samme måde for begge kategorier.

28. Når en foranstaltning tilsyneladende ikke gør forskel på fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede, er det vanskeligere at fastslå, at der foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. I sagen Helmig m.fl. [14] blev det gjort gældende, at bestemmelser i kollektive overenskomster, som kun fastsatte udbetaling af overtidstillæg, når den normale arbejdstid blev overskredet, og således udelukkede deltidsansatte fra at få udbetalt tillæg for overarbejde, som udføres ud over deres individuelle arbejdstid, var i strid med traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet. På grund af omstændighederne i sagen kom Domstolen imidlertid til det resultat, at deltidsansatte oppebar den samme samlede løn som fuldtidsansatte for samme antal timer, og at der således ikke forelå forskelsbehandling.

12 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Sml. s. 1607.

13 — Sag 171/88, jf. ovenfor, fodnote 8.

14 — Dom af 15.12.1994, forenede sager C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 og C-78/93, Sml. I, s. 5727.

29. I denne sag ser det på grund af de grundlæggende karakteristika ved den tyske ordning ud til, at forskelsbehandlingen på en vis måde følger af forskellen mellem fuldtids- og deltidsansatte. Deltidsansatte anvender ifølge sagens natur mere tid på de pågældende aktiviteter i forhold til deres arbejdstid end fuldtidsansatte, og det er ligeledes mere sandsynligt, at de deltager i de pågældende aktiviteter uden for deres normale arbejdstid. Såfremt de måtte få godtgørelse for sådanne perioder, kunne man endvidere sige, at de modtog særlige fordele i forhold til andre deltidsansatte, som ikke kan forøge deres arbejdstid, således at de modtager supplerende løn. Det er under alle omstændigheder vanskeligt at nå frem til en fuldstændig ligebehandling af fuldtids- og deltidsansatte. Det er faktisk vanskeligt at forestille sig en fuldstændig egalitær fremgangsmåde uden at undergrave de grundlæggende principper i den tyske ordning, hvorefter de ansatte, der er medlemmer af virksomhedens bedriftsråd, hverken må begunstiges eller forfordeles. Det er nødvendigt at have dette for øje ved bedømmelsen af spørgsmålet om berettigelsen.

Spørgsmålet om berettigelsen

30. Bundesarbeitsgericht er af den opfattelse, at selv om det medgives, at fuldtids- og deltidsansatte behandles forskelligt, er denne forskelsbehandling objektivt berettiget på grund af bedriftsrådsarbejdets karakter af ulønnet tillidshverv samt under hensyn til de målsætninger, som den tyske lovgivning om medarbejderrepræsentation har. I Böteldommen har Domstolen ikke direkte behandlet dette spørgsmål. Før jeg gennemgår de argumenter, der fremgår af forelæggelseskendelsen, samt dem, der er anført af den tyske regering og Kommissionen, vil det være nyttigt at analysere Domstolens praksis for så vidt angår objektiv berettigelse i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn.

31. Domstolen har gentagne gange udtalt, at det i sidste instans 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 [15].

32. Domstolen har dog vedrørende spørgsmålet om berettigelse udstukket visse retningslinjer. Den har anerkendt, at såvel økonomiske som socialpolitiske overvejelser kan udgøre objektivt begrundede hensyn. Den har udtalt, at objektivt begrundede faktorer — såfremt de har forbindelse med virksomhedens behov og målsætninger — kan omfatte forskellige kriterier såsom lønmod-

15 — Rinner-Kühn-dommen, præmis 15, jf. ovenfor, fodnote 8; Bilka-dommen, præmis 36, jf. ovenfor, fodnote 12.

tageres fleksibilitet eller evne til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, den pågældendes uddannelse eller anciennitet [16]. I Enderby-dommen har Domstolen bekræftet, at situationen på arbejdsmarkedet, som kan føre en arbejdsgiver til at forhøje aflønningen for en særlig stilling for at tiltrække ansøgere, kan udgøre en berettiget økonomisk begrundelse [17]. Domstolen har understreget, at de nationale myndigheder ved anvendelsen af fællesskabsretten skal overholde proportionalitetsprincippet. Når en national ret har været i stand til præcist at afgøre, hvilken del af forhøjelsen der skyldes arbejdsmarkedets situation, skal den derfor acceptere, at lønforskellen er objektivt begrundet for så vidt angår denne del [18].

33. I Bilka-sagen blev det hævdet, at udelukkelsen af deltidsansatte fra virksomhedspensionsordningen, som ramte et meget større antal kvinder end mænd, udelukkende var bestemt til at søge at hindre deltidsarbejde, fordi deltidsansatte generelt afviste at arbejde sent på eftermiddagen og om lørdagen. For at være sikker på at have den nødvendige arbejdskraft i denne periode var det nødvendigt at gøre fuldtidsarbejde mere tiltrækkende end deltidsarbejde ved kun at give fuldtidsansatte adgang til virksomhedspensionsordningen. Domstolen fastslog, at hvis den nationale ret konstaterede, at de af arbejdsgiveren valgte foranstaltninger var i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, var egnede til at opnå det mål, den forfulgte, og var nødvendige herfor, var den omstændighed, at de omhandlede foranstaltninger ramte et meget større antal kvindelige end mandlige arbejdstagere, ikke tilstrækkelig til, at det kunne konkluderes, at der forelå en tilsidesættelse af traktatens artikel 119 [19].

34. Rinner-Kühn-sagen drejede sig om den tyske lovgivning om løn under sygdom, hvorefter arbejdsgiveren var forpligtet til fortsat for en bestemt periode at udbetale løn til en arbejdstager, som efter sin ansættelse som følge af uarbejdsdygtighed og uden egen skyld blev forhindret i at udføre sit arbejde. Dette gjaldt dog ikke for arbejdstagere, som ifølge deres arbejdsaftale havde en normal arbejdstid, som ikke oversteg 10 timer om ugen eller 45 timer om måneden. Den tyske regering havde som begrundelse for denne udelukkelse gjort gældende, at disse arbejdstagere ikke i forhold til virksomheden havde en integrationsgrad og et afhængighedsforhold, der kunne sammenlignes med andre arbejdstageres. Domstolen anførte hertil [20]:

»... disse betragtninger, som kun er generaliseringer vedrørende bestemte grupper arbejdstagere ... giver (ikke) grundlag for at udlede objektive kriterier, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Såfremt en medlemsstat derimod er i

16 — Dom af 17.10.1989, sag 109/88, Danfoss, Sml. s. 3199, præmis 22, 23 og 24.

17 — Dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Sml. I, s. 5535, præmis 26.

18 — Ovennævnte Enderby-dom, præmis 27.

19 — Ovennævnte Bilka-dom, præmis 36, jf. fodnote 12.

20 — Ovennævnte Rinner-Kühn-dom, præmis 14.

stand til at godtgøre, at de valgte midler er i overensstemmelse med et nødvendigt formål med dens socialpolitik, er egnede til at nå det af den forfulgte formål og er nødvendige hertil, kan den blotte omstændighed, at lovbestemmelsen rammer et langt større antal kvindelige arbejdstagere end mandlige arbejdstagere, ikke anses for en tilsidesættelse af artikel 119.«

35. Domstolen indtog en tilsvarende holdning i Nimz-sagen [21]. Ifølge den i sagen anfægtede kollektive overenskomst skulle ansatte, som var beskæftiget mellem det halve og trefjerdedele af fuld arbejdstid, have en dobbelt så høj anciennitet som fuldtidsansatte for at kunne rykke op i en højere lønramme. Som begrundelse for denne forskelsbehandling var det anført, at ansatte, som var fuldtidsbeskæftigede, eller som havde en arbejdstid på trefjerdedel af normal arbejdstid, hurtigere end de andre ansatte erhvervede kvalifikationer og færdigheder i forbindelse med deres arbejdsopgaver. Som svar på dette argument udtalte Domstolen [22]:

»Ganske vist er anciennitet ensbetydende med en større erfaring, som principielt sætter arbejdstageren i stand til bedre at udføre sine arbejdsopgaver, men om et sådant kriterium er objektivt, afhænger af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, særlig af forholdet mellem det udførte arbejdes karakter og den erfaring, udførelsen af arbejdet giver efter et bestemt antal arbejdstimer. Det tilkommer imidlertid den nationale ret, som har enekompetence til at bedømme de faktiske omstændigheder, i betragtning af alt foreliggende at afgøre, om og i hvilket omfang en bestemmelse i en kollektiv overenskomst som den, der her er tale om, er berettiget af objektive grunde, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.«

36. I Kowalska-sagen [23] blev det som begrundelse for ikke at udbetale en fratrædelsesgodtgørelse til deltidsansatte ved pensionering anført, at deltidsbeskæftigedes og deres familiemedlemmers underhold ikke udelukkende sikres ved hjælp af deres arbejdsvederlag, og at der derfor ikke i forhold til dem forelå en pligt til at yde midlertidig hjælp. Domstolen tog ikke stilling til den fremførte begrundelse, idet den fuldstændig overlod afgørelsen af spørgsmålet til den nationale ret.

37. For så vidt angår de objektive grunde kan man drage følgende konklusioner af Domstolens praksis. Når det er fastslået, at en foranstaltning i praksis berører et meget større antal arbejdstagere af det ene køn end det andet, påhviler bevisbyrden for, at forskelsbehandlingen er berettiget af objektive grunde, den, der påberåber sig sådanne objektive grunde, typisk, alt efter omstændighederne, arbejdsgiveren eller medlemsstaten [24]. Selv om Domstolen for det andet kan

21 — Dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Sml. I, s. 297.
22 — Præmis 14.
23 — Dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Sml. I, s. 2591.
24 — Ovennævnte Enderby-dom, præmis 13 og 14.

udstikke visse retningslinjer, er det ofte nødvendigt at overlade det til den nationale ret at fastslå, om de fremførte argumenter kan begrunde en forskelsbehandling mellem mænd og kvinder i det konkrete tilfælde og under hensyn til proportionalitetsprincippet. Domstolen kan dog selv afvise et argument, såfremt der er tale om rene generaliseringer vedrørende bestemte kategorier af arbejdstagere, således som den har gjort det i Rinner-Kühn- og Nimz-dommene, eller såfremt det klart ikke er overbevisende, og dets værdi ikke afhænger af en bedømmelse af de særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, som kun den nationale ret kan foretage [25].

38. Der kan efter min opfattelse også opstilles en sondring mellem økonomiske og socialpolitiske grunde. Når det hævdes, at en forskelsbehandling af mænd og kvinder er berettiget af økonomiske grunde, er det normalt nødvendigt at undersøge de konkrete omstændigheder, idet der bl.a. skal tages hensyn til markedets og den pågældende arbejdsgivers behov. Når forskelsbehandlingen følger direkte af nationale retsforskrifter, og det hævdes, at den er berettiget af socialpolitiske grunde, er det mindre sandsynligt, at de berørte arbejdstageres og arbejdsgiveres konkrete situation vil være afgørende. I et sådant tilfælde kan Domstolen give den nationale ret mere præcise retningslinjer [26].

39. I overensstemmelse med denne fremgangsmåde og i lyset af de mere udførlige argumenter, der er blevet fremført i denne sag vedrørende spørgsmålet om berettigelse, kan Domstolen give nærmere anvisninger vedrørende dette. Jeg vil derfor nu gennemgå disse argumenter.

40. Som jeg har anført ovenfor, fremgår det af forelæggelseskendelsen, at bedriftsrådsmedlemmer ifølge tysk ret udøver et ulønnet tillidshverv, og at enhver begunstigelse eller forfordeling af bedriftsrådsmedlemmer er forbudt for at sikre deres uafhængighed og undgå faren for, at de under udførelsen af deres hverv påvirkes af muligheden for at opnå eller risikoen for at miste særlige materielle fordele. Der må derfor ikke udbetales særligt vederlag til et medlem af et sådant bedriftsråd som vederlag for udførelsen af hvervet ud over den løn, der skal betales i henhold til arbejdskontrakten. Hvis deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer havde mulighed for at øge antallet af arbejdstimer ved hjælp af deres bedriftsrådsarbejde og dermed opnå en højere løn, ville de få en særlig indtægt, som af velovervejede grunde er forbudt i tysk lovgivning. Den nationale ret anfører, at den tyske lovgiver af hensyn

25 — Jf. vedrørende Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24), dom af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311.

26 — Jf. vedrørende direktiv 79/7 Ruzius-Wilbrink-dommen, jf. ovenfor, fodnote 25; dom af 19.11.1992, sag C-226/91, Molenbroek, Sml. I, s. 5943, og af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571.

til et sagligt arbejde i bedriftsrådet har lagt større vægt på bedriftsrådsmedlemmernes uafhængighed end på økonomiske tilskyndelser til at påtage sig hvervet som bedriftsrådsmedlem.

41. Den tyske regering fremfører tilsvarende argumenter. Den gør gældende, at det ikke er muligt til fordel for deltidsansatte at anerkende en delvis undtagelse fra princippet om, at bedriftsrådsarbejde er et ulønnet tillidshverv. En sådan undtagelse ville nemlig medføre et berettiget krav fra fuldtidsansatte om godtgørelse for deltagelse i uddannelseskurser, der finder sted uden for deres individuelle arbejdstid (hvilket er særligt sandsynligt i forbindelse med skifteholdsarbejde) for fuldtidsansatte, men inden for deltidsansattes arbejdstid. Hertil kommer, at såfremt bedriftsrådsmedlemmerne fik godtgørelse for at deltage i uddannelseskurser, burde de også have det for at udføre alle andre hverv som bedriftsrådsmedlemmer. Såfremt Böteldommen følges, må efter den tyske regerings opfattelse grundsætningen om, at bedriftsrådshvervet er et ulønnet tillidshverv, opgives i tysk lovgivning i det hele. Dette ville have alvorlige konsekvenser. Der ville opstå fare for bedriftsrådenes uafhængighed. Dette ville også føre til skabelsen af »professionelle« bedriftsrådsmedlemmer, hvilket vil svække forbindelsen mellem bedriftsrådsmedlemmerne og de ansatte, som medlemmerne repræsenterer.

42. Kommissionen medgiver, at udformningen af bedriftsrådsmedlemskabet som ulønnet tillidshverv er forenelig med fællesskabsretten og principielt kan betragtes som en objektiv begrundelse for en forskelsbehandling. Den understreger imidlertid, at den heraf følgende forskelsbehandling af mænd og kvinder ifølge proportionalitetsprincippet kun kan betragtes som værende objektivt begrundet, i det omfang princippet om godtgørelse for indtægtstab er egnet til og nødvendigt for at nå de mål, der forfølges med BetrVG. Den henviser til Domstolens praksis, hvorefter der, når der består et valg mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst restriktive foranstaltning.

43. Efter min opfattelse må der ved vurderingen af, om foranstaltningerne er berettigede, tages hensyn til deres virkning i form af forskelsbehandling på grundlag af køn, dvs. i hvilket omfang de indebærer en tilsidesættelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. Det må ligeledes afgøres, om denne tilsidesættelse er et direkte resultat eller simpelt hen en bivirkning af foranstaltningerne. I denne sammenhæng må der for det første tages hensyn til, at den anfægtede ydelse til deltidsansatte, nemlig godtgørelse for tid anvendt uden for den kontraktlige arbejdstid, kun kan betragtes som løn ved hjælp af den videst mulige fortolkning af dette begreb. Det må også tages i betragtning, at der med foranstaltningerne forfølges et formål, som — hvilket også Kommissionen har indrømmet — er berettiget og på ingen måde har noget at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Ydermere skyldes forskelsbehandlingen af deltidsansatte, som jeg har forklaret ovenfor, selve deltidsarbejdets natur, og enhver forfordeling, som deltidsansatte udsættes for som

følge af foranstaltningerne, er alene en tilfældig konsekvens af princippet om godtgørelse for tab af indtægt.

44. På grundlag af disse overvejelser er jeg af den opfattelse, at de argumenter, der er fremført i forelæggelseskendelsen og i den tyske regerings indlæg (ovenfor punkt 40 og 41), stærkt taler for, at der foreligger en tilstrækkelig, objektiv begrundelse for forskelsbehandlingen.

45. De af Kommissionen fremførte indvendinger mod disse argumenter er ikke fuldstændig overbevisende. Kommissionen bestrider, at deltidsansatte, såfremt de blev betalt for at deltage i uddannelseskurser uden for deres arbejdstid, ville få en økonomisk fordel heraf, som er uforenelig med bedriftsrådshvervets karakter af ulønnet tillidshverv. Den understreger, at de deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer i modsætning til deres fuldtidsansatte kolleger er forpligtet til at ofre en del af deres fritid til deltagelse i disse kurser. Den tilføjer, at bestemmelserne i § 37 er tilstrækkelige til at forhindre misbrug af hvervet som bedriftsrådsmedlem. I henhold til § 37, stk. 6, kan bedriftsrådsmedlemmerne kun deltage i uddannelseskurser, som er nødvendige for udførelsen af deres bedriftsrådsarbejde. Deltidsansatte, som normalt er kvinder, har dernæst familieforpligtelser. Det er usandsynligt, at de vil være i stand til at anvende deres bedriftsrådsmedlemskab som middel til at øge deres indkomst. Kommissionen anfører, at såfremt de modtager supplerende løn for at deltage i uddannelseskurser, vil det give dem mulighed for at afholde udgifter til børnepasning under kursets varighed, men et sådant krav indgår efter min opfattelse ikke i princippet om lige løn. I realiteten er ingen af Kommissionens argumenter i sig selv særligt vægtige, og de imødekommer ikke de betænkeligheder, som den forelæggende ret og den tyske regering har udtrykt.

46. Det er heller ikke godtgjort, at der kan indføres andre foranstaltninger, som ville opfylde de tyske foranstaltningers formål og være mindre restriktive end disse. Der kunne eventuelt findes andre midler til at opfylde de pågældende formål, som i fuldt omfang respekterer princippet om lige løn til mænd og kvinder; f.eks. kunne man afholde uddannelseskurserne i de deltidsansattes individuelle arbejdstid [27]. Selv om dette er muligt i nogle tilfælde, er det det måske ikke i andre. Kurser afholdes for flere virksomheders bedriftsrådsmedlemmer, og deltidsansattes arbejdstid kan være vidt forskellig selv i samme virksomhed. Dette bekræfter efter min mening, at omstændighederne i denne sag er af en sådan karakter, at det ikke er

27 — Jf. generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i den ovenfor i fodnote 17 nævnte sag Freers og Speckmann, punkt 73.

muligt at nå frem til en fuldstændig lighed mellem fuldtids- og deltidsansatte.

47. I lyset af det foregående er jeg nået frem til, at de anfægtede foranstaltninger forfølger et legitimt formål, som ikke har noget at gøre med forskelsbehandling på grund af køn, og at foranstaltningerne ikke forfordeler deltidsansatte uforholdsmæssigt i forhold til foranstaltningernes formål. Det følger heraf, at forskelsbehandlingen kan betragtes som berettiget.

Forslag til afgørelse

48. Jeg er derfor af den opfattelse, at det forelagte spørgsmål bør besvares således:

»EF-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 er til hinder for, at det i en national lovgivning, som omfatter langt flere kvinder end mænd, er fastsat, at den individuelle arbejdstid er den øverste grænse for den kompensation, som deltidsansatte bedriftsrådsmedlemmer må modtage fra deres arbejdsgiver i form af afspadsering eller overtidsbetaling, når de deltager i uddannelseskurser, hvorved de bibringes kundskaber, der er nødvendige for deres arbejde i bedriftsrådet, og som afholdes inden for det antal timer, der udgør fuld tid i virksomheden, men ligger uden for deres individuelle arbejdstid på deltid, mens fuldtidsansatte bedriftsrådsmedlemmer for deres deltagelse i de samme kurser modtager kompensation op til den fulde arbejdstid, og den forskellige behandling af deltidsansatte ikke er begrundet i objektive hensyn. En sådan forskellig behandling vil være objektivt begrundet, såfremt den påståede forskelsbehandling af deltidsansatte kun er indirekte, såfremt forskelsbehandlingen har et legitimt formål og intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, samt er begrundet i det nævnte formål.«