RETSMØDERAPPORT
i sag 171/88 *

I — Sagens baggrund

1. *De relevante retsregler*

I henhold til artikel 1, stk. 1, 1. punktum i *Lohnfortzahlungsgesetz* (den tyske lov af 27. juli 1969 om fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom, BGBl. I, s. 946) skal arbejdsgiveren fortsat udbetale den arbejdstagers løn, som efter sin ansættelse er forhindret i at udføre sit arbejde som følge af uarbejdsdygtighed uden egen skyld, så længe uarbejdsdygtigheden varer, indtil en periode på 6 uger. *Lohnfortzahlungsgesetz*'s artikel 1, stk. 3, nr. 2, bestemmer, at arbejdstagere, som ifølge deres arbejdskontrakt har en normal arbejdstid på ikke over 10 timer om ugen eller 45 timer om måneden, ikke har krav på fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom i henhold til lovens artikel 1, stk. 1, 1. punktum. Samme lovs artikel 10, stk. 1, bestemmer, at arbejdsgivere, som i almindelighed ikke beskæftiger mere end 20 arbejdstagere, får godtgjort 80% af omkostningerne ved fortsat lønudbetaling af sygeforsikringskasserne.

Rådets direktiv 75/117 af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om ligeløn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19) bestemmer i artikel 1 følgende:

»Det i artikel 119 i Traktaten omhandlede princip om ligeløn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt '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.«

I direktivets artikel 3 bestemmes følgende:

»Medlemsstaterne afskaffer sådan forskelsbehandling mellem mænd og kvinder som følger af en administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse, og som er i strid med ligelønsprincippet.«

2. *Hovedsagens forhistorie*

Sagsøgeren, Rinner-Kühn, har siden maj 1985 været ansat som rengøringsassistent hos sagsøgte, som driver et rengøringsselskab. Hendes timeløn er 8,77 DM netto, og hendes ugentlige arbejdstid er 10 timer. I perioden fra 11. - 16. december 1987 var sagsøgeren uarbejdsdygtig på grund af sygdom. Hun tilsendte straks sagsøgte en lægeattest for denne periode. Ved skrivelse af

* Processprog: tysk.

16. januar 1988 fremsatte hun krav over for sagsøgte på fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom for 8 timer på i alt 79,16 DM. Ved skrivelse af 19. januar 1988 nægtede sagsøgte at betale beløbet under henvisning til sagsøgerens ringe arbejdstid; arbejdsgiveren mente, at sagsøgeren ikke havde ret til fortsat lønudbetaling i henhold til *Lohnfortzahlungsgesetz*'s artikel 1, stk. 3, nr. 2.

Ved stævning indleveret til Arbeitsgericht Oldenburg den 28. januar 1988 har sagsøgeren anlagt sag med påstand om fortsat lønudbetaling ved sygdom for et beløb af 70,16 DM netto med renter på 4%. Efter hendes opfattelse indebærer udelukkelsen af deltidsansatte arbejdstagere fra den obligatoriske fortsatte lønudbetaling en forskelsbehandling over for kvinder, fordi der blandt deltidsansatte arbejdstagere er en meget høj andel af kvinder. Ifølge sagsøgeren er denne forskelsbehandling forbudt i henhold til EØF-Traktatens artikel 119.

Ved kendelse af 5. maj 1988 har Arbeitsgericht Oldenburg i henhold til Traktatens artikel 177 forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er det foreneligt med EØF-Traktatens artikel 119 og med Rådets direktiv 75/117 af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om ligeløn til mænd og kvinder, at arbejdstagere i arbejdsforhold, hvor den normale arbejdstid ikke overstiger 10 timer om ugen eller 45 timer om måneden, efter lovgivningen er undtaget fra princippet om, at arbejdsgiveren fortsat udbetaler løn i tilfælde af sygdom, skønt denne undtagelse rammer et væsentligt større antal kvinder end mænd?«

3. *Den nationale rets betragtninger*

Den nationale ret finder, at meget taler til fordel for den opfattelse, at en lovbestemmelse om udelukkelse af personer med ringe beskæftigelse fra fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom indebærer en forskelsbehandling af kvinder i form af indirekte forskelsbehandling. Deltidsbeskæftigelse er først og fremmest en form for erhvervsarbejde for gifte kvinder, som i denne form for arbejdstid ser en mulighed for at forene hensynet til erhverv og familie. Der er altså en snæver forbindelse mellem deltidsarbejde og de opgaver, som traditionelt tildeles kvinder.

Den forelæggende ret finder ikke, at der er materielle grunde, som kan berettige denne form for forskelsbehandling. Navnlig kan besparelsen af udgifter i forbindelse med fortsat lønudbetaling ikke tjene til argument, heller ikke i sammenhæng med kriteriet tilslutning eller ikke tilslutning til en social sikringsordning for personer med beskæftigelse af ringe omfang.

II — Retsforhandlinger

Forelæggelseskendelsen er registreret på Domstolens Justitskontor den 22. juni 1988.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for De Europæiske Fællesskabers Domstol er der afgivet skriftlige indlæg af den danske regering ved juridisk rådgiver Wermuth og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Grunwald, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Ved Domstolens beslutning af 23. november 1988 er sagen henvist til Sjette Afdeling.

III — Spørgsmål stillet af Domstolen

Domstolen har stillet følgende spørgsmål:

1) Den tyske regering opfordres til at meddele Domstolen grundene til, at den tyske lovgiver har fastsat den grænse for arbejdstiden, ud over hvilken arbejdsgiveren ikke har forpligtelse til fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom, til 10 timers arbejde om ugen og til 45 timer om måneden.

2) Kommissionen anmodes om at give Domstolen oplysninger om antallet for hver enkelt medlemsstat bortset fra Tyskland af mandlige og kvindelige arbejdstagere, hvis normale arbejdstid ikke overskrider 10 timer om ugen (herunder procentdelen af samtlige mandlige og kvindelige lønmodtagere).

Den 5. januar 1989 har *Kommissionen* besvaret Domstolens spørgsmål. Kommissionen har tilstillet Domstolen de statistiske tabeller 37, 38 og 51 fra *Eurostat — Enquête sur les forces de travail, 1987.* Den har konstateret, at i syv medlemsstater består den del af arbejdstagerne, hvis normale ugentlige arbejdstid er 10 timer eller mindre, af langt flere kvinder end mænd:

— 89% kvinder i Forbundsrepublikken Tyskland

— 88% kvinder i Frankrig

— 86% kvinder i Spanien

— 85% kvinder i Det Forenede Kongerige

— 83% kvinder i Nederlandene

— 62% kvinder i Italien.

Til disse lande kommer endvidere de fire lande, hvis tal er lidet pålidelige på grund af det ringe antal undersøgte personer, som

skyldes de pågældende mandlige arbejdstageres relativt ringe antal (Grækenland, Irland, Luxembourg og Portugal). Kun i Danmark ligger de respektive procentsatser væsentligt tættere på hinanden: Den samme gruppe består af 54% kvinder.

Den 9. januar 1985 har den *tyske regering* besvaret Domstolens spørgsmål med, at de i den pågældende lovgivning omhandlede arbejdstagere ikke i forhold til virksomheden har en integrationsgrad og et afhængighedsforhold, der kan sammenlignes med andre arbejdstageres, og at betingelserne for til fordel for dem at anerkende en bistandsforpligtelse, som omfatter arbejdsgiverens fortsatte lønudbetaling, ikke er opfyldt. Desuden er den omstændighed, at arbejdstagere med en ringe arbejdstid er udelukket fra fortsat lønudbetaling, i overensstemmelse med tidligere gældende bestemmelser.

IV — Sammendrag af de skriftlige indlæg, der er indgivet til Domstolen

1. For det første har *Kommissionen* fremhævet, at fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom er en fordel knyttet til arbejdet, som udbetales af arbejdsgiveren til arbejdstageren, jfr. artikel 119, stk. 2. Betalingen sker »som følge af arbejdsforholdet«, da betingelserne for udbetaling og det beløb, der skal udbetales, bestemmes af arbejdsforholdets indhold. Til forskel fra en lovbestemt alderspensionsordning, hvis formål ligger uden for arbejdsforholdet, vedrører den pågældende nationale bestemmelse organiseringen af selve arbejdsforholdet og skaber på grundlag af dette forhold rettigheder og pligter for de kontraherende parter. Det bør i øvrigt nævnes, at Domstolen gentagne gange har anerkendt, at artikel 119 finder anvendelse på offentligt ansatte (se dommene af 8. april 1976, 43/75, Defrenne II, Sml. s. 455; af 9. juni 1982, 58/81, Kommissionen/Luxembourg, Sml. s. 2175; af 21. maj 1985, 248/83, Kommissionen/Tyskland, Sml. s. 1459), og det bør fremhæves, at for offentligt ansatte kan endog arbejdsforholdet i sin helhed være lovreguleret.

For det andet har Kommissionen anført, at der i dette tilfælde kun kan være tale om indirekte forskelsbehandling af kvindelige arbejdstagere, fordi den pågældende udelukkelse gælder på samme måde for mandlige og kvindelige arbejdstagere. Under henvisning til de statistikker, der er offentliggjort i *Eurostat — Enquête sur les forces de travail, resultats de 1986*, har den konkluderet, at den gruppe arbejdstagere, hvis normale arbejdstid ikke er over 10 timer om ugen, næsten udelukkende består af kvinder.

Denne ulighed kan ikke forklares ved faktorer, der er objektivt berettigede og intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Ifølge Kommissionen ses det ikke, hvorfor det skulle være økonomisk forsvarligt og socialt nødvendigt at give fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere ret til fortsat lønudbetaling i seks uger, mens dette nægtes deltidsbeskæftigde arbejdstagere, der socialt er mindre begunstigede. En sådan regel ville afskaffe beskyttelsen netop dèr, hvor den i praksis er mest påkrævet. Det argument, hvorefter arbejdsgiverens forpligtelse til fortsat lønudbetaling i tilfælde af sygdom følger af hans omsorgsforpligtelse, som ikke har noget grundlag, når der er tale om deltidsansatte, er heller ikke overbevisende, da lovgiver med hensyn til spørgsmålet om

anerkendelse af en omsorgsforpligtelse må lade sig lede, ikke blot af arbejdsgiverens beredvillighed til at udvise omsorg, men også af arbejdstagerens behov for omsorg.

Endelig mener Kommissionen, at da det præjudicielle spørgsmål kan besvares på grundlag af artikel 119, er det overflødigt at fortolke Rådets direktiv 75/117 af 10. februar 1975. Kommissionen har derfor foreslået Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»En lovbestemmelse, som i tilfælde af en arbejdstagers sygdom forpligter arbejdsgiveren til fortsat lønudbetaling, men som udelukker arbejdstagere, hvis normale arbejdstid ikke er over 10 timer om ugen eller 45 timer om måneden, er uforenelig med EØF-Traktatens artikel 119, hvis denne udelukkelse rammer langt flere kvinder end mænd.«

2. Derimod har den *danske regering* lagt vægt på kravet om, at et betydeligt større antal personer af det ene køn end det andet rammes af en foranstaltning, der angiveligt skulle bevirke en indirekte diskrimination. Det er også nødvendigt, at foranstaltningen har denne virkning inden for stort set alle brancher, og at den angivelige diskrimination foreligger i stort set samme omfang over en årrække. Ud fra en retssikkerhedsbetragtning er det uholdbart, at en fast, generel, lovmæssig afgrænsning af en social, arbejdsbetinget foranstaltning vil skulle betragtes som retsstridig i forhold til én branche, men retmæssig i forhold til en anden. En tilsvarende uholdbar situation ville opstå, hvis en sådan foranstaltning et år ville være retsstridig og næste år retmæssig. Som eksempel har den danske regering nævnt, at andelen af kvindelige lønmodtagere med under 10 timers ugentlig arbejdstid i Danmark før 1985 var opgjort til 5% og 2,8% for mænd. I 1986 var forskellen formindsket til 4% for kvinder og 3% for mænd.

Den danske regering har herefter foreslået, at det foreliggende præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende.

T. F. O'Higgins
Refererende dommer